

La Tenencia como Atributo de la Patria Potestad y Tenencia Compartida

Benjamín Aguilar Llanos*

«El presente artículo trata de forma concreta el tema de la tenencia en nuestro país. Parte de un análisis sobre su significado y destaca, además, la importancia del interés superior del niño o adolescente. Asimismo, expone las implicancias de la tenencia compartida, concepto incorporado a nuestra legislación, señalando una serie de elementos de juicio que debería tener el juzgador en cuenta al momento de concederla.»

La institución de la Patria Potestad, quizás resulte siendo la más importante dentro de todas las instituciones que se ubican en el Derecho de Familia; deber derecho de los padres, de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, tal como lo consigna la Constitución Peruana de 1993 en su artículo 6, o el deber derecho de los padres, de cuidar la persona y bienes de sus hijos menores, como lo refrenda el artículo 418 del Código Civil. Ahora bien, tratándose de hijos matrimoniales, el ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos padres, en igualdad de condiciones, mientras que si se trata de hijos extramatrimoniales, entonces el legislador alcanza al juzgador, elementos referenciales para conceder patria potestad a uno u otro, en el caso de que los padres extramatrimoniales no vivan juntos, criterios como el del reconocimiento del hijo, lo que nos lleva a inferir por contrario sensu que los padres que lo son por declaración judicial no ejercerán patria potestad, otros elementos están referidos a la edad y sexo de los menores, sin embargo, resulta siendo trascendental para conceder ejercicio de patria potestad, y en particular la tenencia, el principio del interés superior del niño o adolescente.

La patria potestad encierra una serie de atributos muy bien definidos por el artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes que ha venido a modificar la norma contenida en el artículo 423 del Código Civil. Atributos como, velar por su desarrollo integral, proveer su sostenimiento y educación, dirigir el proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes, darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente y cuando su acción no bastare podrán recurrir a la

autoridad competente, representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y de responsabilidad civil, administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieran, a todos estos atributos se debe adicionar la tenencia.

“(...)resulta siendo trascendental para conceder ejercicio de patria potestad, y en particular la tenencia, el principio del interés superior del niño o adolescente(…)”.

En efecto, el artículo 78 del Código de los Niños y Adolescentes al consignar los atributos ya mencionados que confiere la patria potestad a los padres, reconoce en el inciso f del citado artículo, el derecho de los padres a la tenencia de sus hijos, señalando específicamente «tenerlos en su compañía, recurriendo a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos»; este atributo que es quizás uno de los derechos más importantes que confiere la patria potestad, ha sido ampliado, a propósito de la Ley 29269 del 4 de octubre del 2008 que modifica los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, en el primero de ellos, facultando al juez para disponer la tenencia compartida, y en el segundo, precisando que el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor.

* Abogado recibido en la Pontificia Universidad Católica del Perú, docente de los cursos de Derecho de Familia y Sucesiones en la Facultad de Derecho de la PUCP; docente del curso de Sucesiones en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (Unife), y de Políticas Públicas sobre Familia, en la maestría de Unife, conciliador, en el presente integrante de la Comisión de Sucesiones del Colegio de Abogados de Lima.

Significado de la Tenencia.-

Refiere la Ley que la patria potestad concede como atributo de los padres, el derecho a tener a sus hijos consigo, de allí el nombre de tenencia, término éste que no resulta muy propio en el Derecho de Familia, pues más alude a tener consigo algo, como una suerte de pertenencia, y quizás el término tenencia pueda ubicarse mejor en el plano de las cosas, tal como lo encontramos en algunos diccionarios, que cuando aluden a la tenencia, la refieren a la posesión o tenencia de algunas cosas, empero en el derecho de los infantes termina aplicándose como atributo de los padres respecto de sus hijos, en la medida que se alude al hecho de que los padres tienen a sus hijos consigo.

Se traduce la tenencia en la convivencia de los padres con sus hijos; relación fáctica que sirve de base para el ejercicio de los demás derechos y el cumplimiento de los deberes, y que significa la vida en común, el vivir bajo un mismo techo; estas relaciones personales entre padres e hijos constituyen la base para que operen los demás atributos de la patria potestad, pues si el padre o madre no ejerce la llamada tenencia, cómo podría estar al frente del proceso educativo, cómo podría representarlo legalmente, o cómo podría ejercer una corrección moderada, sólo para mencionar algunos de los atributos que confiere la patria potestad.

Creemos que ha llegado el momento de ir pensando en otro término que se adecue más al concepto de relación personal que debe existir entre padres e hijos, quizás cambiando el término tenencia por el derecho de mantener una relación personal con sus hijos, término amplio en el cual se incluye la convivencia, pero también la corresponsabilidad entre ambos padres sobre todo lo que concierne a los intereses de los hijos.

Conceptos Referidos a la Tenencia, Custodia y Guarda

Trabajando sobre el término tenencia, diremos que el Código de los Niños y Adolescentes equipara la tenencia a la custodia; sobre el particular, por ejemplo en el artículo 84, modificado por la Ley 29269, se alcanza a leer lo siguiente «... 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», sin embargo creemos que ello es un error, pues la tenencia es el atributo, la facultad, el derecho de los padres a vivir con los hijos, derecho que le es reconocido por ley a ambos padres y como resulta de una opinión unánime, ello implica el derecho a convivir con los hijos. Ahora bien, ya en el ejercicio del derecho de tenencia surge el deber de los padres a custodiar a sus hijos y que se traduce en la vigilancia, el cuidado y la protección de los mismos, por lo tanto la custodia vendría a ser un deber (custodia, acción

de custodiar o vigilar, persona que cuida a otra), en consecuencia no puede haber identificación entre los términos tenencia y custodia como si fueran sinónimos, en tanto que, como ya quedó claro, la tenencia es un derecho, y la custodia es un deber. Creemos que esta confusión parte del hecho que en otras legislaciones se utilizan estos términos como si fueran idénticos, y ello, al menos en nuestro país no es así; también hacemos referencia a que igualmente hay quienes usan como sinónimo los términos **tenencia y guarda**, sin embargo pensamos que ello es igualmente incorrecto, porque la guarda también constituye un deber, y que en el caso de los padres los obliga a la protección y cuidado de los hijos, entonces es de notar que los términos custodia y guarda si se equiparan, al menos ambos traducen un deber, aún cuando el anterior Código de los Niños y Adolescentes empleó el término guarda para referirse al tercero que cuidaba al menor abandonado, término guarda que ha sido abandonado por el vigente Código de los Niños y Adolescentes.

“(...)no puede haber identificación entre los términos tenencia y custodia como si fueran sinónimos, en tanto que, como ya quedó claro, la tenencia es un derecho, y la custodia es un deber”.

La Tenencia Derecho Exclusivo de la Patria Potestad

La tenencia no puede extenderse a terceros, aún cuando se trate de familiares del menor, pero si fuere el caso de darse la situación en que los infantes no vivan con sus padres y se encuentren en poder de un tercero, pues bien, este tercero cuidará al menor provisionalmente en tanto se dilucide la situación del niño o adolescente, y así estará actuando como guardador o tutor provisional con deberes y derechos propios de estas instituciones, entonces esta institución llamada guarda, tiene la característica de la transitoriedad, pues se cuida al menor hasta que venga un pronunciamiento definitivo con respecto a éste, pronunciamiento que puede ser el conceder tenencia al padre o madre, o ahora con la legislación vigente, conceder tenencia compartida a favor de ambos, o en defecto de ellos, conceder el ejercicio de la tutoría a un tercero, como es el supuesto del artículo 340 del Código Civil, a propósito de los efectos del divorcio por causal, en la que se otorga facultad al juez para que no entregue al hijo a ninguno de los padres, por no convenir a los intereses del menor, y entonces el niño será guardado por un tercero que puede ser familiar o no, o el ingreso de ese menor al programa de adopciones, cuyo fin es

que ese menor se convierta en hijo de la persona que lo adopta.

Niños o Adolescentes que no se Encuentren en Poder de los Padres sin la Autorización Debida

El artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes, refiere que los padres que ejercen la patria potestad, tienen el derecho de tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos. El precepto bajo comentario se pone en el supuesto del hijo que se ha alejado del hogar conyugal y sin la debida autorización de los padres, produciendo como efecto inmediato que en los hechos este derecho de tenencia quede suspendido, en tal circunstancia resulta lógico gobernar ello y parece prudente la forma como lo ha hecho el legislador al señalar que los padres pueden recurrir a la autoridad para recuperarlos, autoridad que podría ser las fuerzas policiales, o los juzgados de familia, y en este último caso ya nos encontraríamos ante un proceso judicial que antiguamente se conocía con el nombre de « entrega de menor». El caso bajo análisis puede dar lugar a innumerables procesos conciliatorios o judiciales, en tanto que ese menor puede haberse ido de la casa del padre o madre que estaba ejerciendo la tenencia, y refugiarse en la del otro padre, e incluso, puede ser que se haya ido de la casa de los padres, quienes ejercían la tenencia, ubicándose ahora en casa de algún otro familiar, en ese supuesto cabe recurrir a la autoridad policial para la entrega de ese menor, en el caso de que esos familiares se nieguen a devolverlos, o puede ocurrir algo que es mucho más grave, que azuzados por terceros ajenos al menor lo hayan persuadido para que huya de la casa de sus padres, circunstancia ésta en la que estaríamos ante un delito contra la patria potestad, o lo que es peor, un delito de secuestro, si es que ha intervenido un tercero ajeno al entorno familiar del menor.

La Tenencia no solo Derecho de los Padres, sino también como Derecho de los Hijos.-

Uno de los derechos importantes consagrados en la Convención de los Derechos del Niño, recogido por la legislación especializada, denominada Código de los Niños y Adolescentes, lo constituye el derecho que tiene el menor a vivir con su familia natural; al respecto el artículo 8 dice textualmente «el niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer, y desarrollarse en el seno de su familia. El niño y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado. *El niño y el adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos*». Ahora bien, cuando hemos definido la tenencia, hemos hecho hincapié en la convivencia de los padres con sus hijos, entonces la tenencia tiene que verse desde dos vertientes, una la de los padres, como derecho

de ellos de vivir con sus hijos, y la segunda referida a los hijos, como derechos de ellos de vivir con ambos padres, por lo tanto no hay que quedarnos al analizar este derecho, como si fuera propio de los padres, concepto éste que la gran mayoría lo considera un típico derecho de los padres dentro de la institución familiar de la patria potestad, sin embargo no ven la tenencia como un derecho de los niños a vivir con sus padres y no ser separados de ellos, a no ser que las circunstancias lo justifiquen; abundando sobre el tema, el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, señala que los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño o adolescente.

“(...)la tenencia tiene que verse desde dos vertientes, una la de los padres, como derecho de ellos de vivir con sus hijos, y la segunda referida a los hijos, como derechos de ellos de vivir con ambos padres(...)”

En consecuencia este derecho de tenencia no debe ser visto sólo como un derecho a reclamar por parte de los padres, sino que en su concesión debe tenerse presente el derecho de los niños a vivir con sus padres, por lo tanto la opinión de ellos (en el caso de que estén en posibilidades de hacerlo) resulta siendo importante, y aún cuando su desarrollo evolutivo no le permitiera formarse su propia opinión, habría que considerar fundamentalmente los intereses de éstos antes de que se pronuncien sobre esta tenencia.

Reglas para Establecer la Tenencia cuando los Padres ya no hacen Vida en Común.-

Hasta lo que llevamos escrito ha quedado claro el derecho recíproco de los padres e hijos sobre la tenencia; ahora bien, el tema de la discusión de la tenencia, y su regulación para dilucidar el tema vía conciliación o pronunciamiento judicial, sólo se va a presentar cuando los padres ya no vivan juntos, pues si aún lo estuvieran haciendo, entonces la tenencia es compartida entre ambos padres en igualdad de condiciones.

El Código de los Niños y Adolescentes regula en el Capítulo II del Título I del Libro Tercero todo lo concerniente a la tenencia de los hijos respecto de los padres desavenidos que ya no viven juntos, así el artículo 81, que como ya lo hemos dejado establecido

ha sido modificado por la Ley 29269 para incorporar el concepto de la tenencia compartida en casos de padres desavenidos que ya no viven juntos, pues bien, este artículo se pone en el caso de los padres que están separados de hecho, entonces la tenencia se determinará de común acuerdo entre ellos tomando el parecer del hijo y de no existir acuerdo, que es lo más corriente, entonces el juez decidirá teniendo en cuenta lo siguiente:

- a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con el que convivió mayor tiempo siempre que le sea favorable.
- b) El hijo menor de tres años permanecerá con la madre y
- c) Para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño o adolescente debe señalarse un régimen de visitas.

En puridad sólo son dos los criterios o elementos de juicio proporcionados al conciliador o juez para resolver estos casos, pues el inciso c del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes está referido a conceder el derecho que se conoce como régimen de visitas, y que funciona sólo en casos de que la tenencia de los hijos no esté siendo ejercida por ambos padres, sino que este derecho se ha conferido a favor de uno solo de ellos.

Conviene analizar cada uno de estos criterios para otorgar la tenencia. En primer lugar, el legislador apela al acuerdo a que arriben los padres, acuerdo que si no viene como fórmula conciliatoria seguida ante un centro de conciliación, no tendría fuerza ejecutiva, pero si este consenso se da a través de un centro de conciliación entonces, si tiene fuerza de sentencia, pues como es sabido, los acuerdos conciliatorios se homologan a las sentencias judiciales. Puede ocurrir que no haya acuerdo, o existiendo éste, pero no como producto de una conciliación, entonces el padre o madre se niegue a cumplirlo, derivando el problema a la vía conciliatoria, y si aquí tampoco hay acuerdo, estaremos entonces en la vía judicial a fin de que el juez de familia resuelva a quien concede la tenencia, la misma que con la modificación reciente de la Ley 29269 puede ser incluso una tenencia compartida, tema éste del cual nos ocuparemos más adelante.

En consecuencia, si no ha habido arreglo personal sobre la tenencia, o habiéndolo, es incumplido, o existiendo acuerdo conciliatorio y si éste es incumplido, el interesado, padre o madre puede demandar la ejecución del acuerdo tal como lo prevé la ley 27398. En el acuerdo extrajudicial o por la vía de la conciliación necesariamente deberá tomarse el parecer del hijo, si es que éste estuviera en condiciones de manifestar su opinión.

Si el caso ha llegado al juez de familia para que dilucide tal situación, dice el artículo 84 bajo

comentario, que el primer criterio a considerar será la convivencia precedente con el niño o adolescente, significando ello que antes de plantearse la demanda de tenencia deberá considerarse quien estuvo viviendo con el infante, pues una decisión judicial que implique que el hijo deje de vivir con el padre o madre con quien estuvo haciéndolo puede ser traumatizante para él y perjudicial para sus propios intereses. Por lo tanto, la tenencia precedente al juicio es un elemento a considerar, pero no el único. Resulta importante esta convivencia precedente, sobre todo en el plano psicológico, pues existe un elemento de arraigo del menor respecto del padre o madre con quien estuvo viviendo, debiendo ser parte de lo que deba contemplarse en este elemento, la comodidad del menor, el ambiente en que ha vivido, sus relaciones personales con otros infantes, la cercanía del colegio en que estudia y demás, llevan a considerar que efectivamente el elemento de la convivencia precedente sea un elemento a considerar, pues de lo contrario, se produciría una fractura no sólo física sino emocional en el menor si tuviera que dejar a la madre con quien estuvo viviendo para ir a vivir con el padre, por ello si ese fuere el parecer del magistrado que tenga que resolver el tema otorgando tenencia a aquel padre o madre que no estuvo conviviendo con el menor, sería prudente que esta decisión sea ejecutada gradualmente.

Un segundo criterio está referido a que el hijo menor de tres años deberá permanecer con la madre, criterio basado en que por la corta edad del hijo su atención demanda preferentemente, pero no exclusivamente el cuidado materno. Es claro y se debe reconocer ello, que los menores de esa edad requieren atención especializada por parte de la madre, incluso en el caso del período de amamantamiento, los cuidados de atención primaria de salud, sus primeras comidas, sus cuidados higiénicos, servicios éstos que por la división de funciones dentro del hogar que nos ha impuesto nuestra cultura, recae en la madre, por ello, el legislador ha utilizado este criterio para ofrecérselo al juzgador, a fin de resolver casos de tenencia, sin embargo volvemos a señalar que este criterio tampoco puede ser de fatal cumplimiento, sino considerarlo como un elemento más a tener en cuenta para emitir su fallo .

El tercero, y como ya lo hemos dejado establecido, no responde propiamente a un criterio a seguir para la fijación del régimen de tenencia, sino más bien, viene a ser una consecuencia del fallo judicial al conceder a uno solo de los padres el ejercicio de la tenencia, y en esa circunstancia, lógico es un pronunciamiento de establecer un régimen de visitas para aquel que no va a gozar de la tenencia. Entiéndase ello como una facultad del juzgador, que aun cuando no haya sido demandado, en tanto que la pretensión se base sólo en la tenencia, el juez puede pronunciarse sobre este extremo no

peticionado, esto es el régimen de visitas a favor de aquel padre o madre que no va a convivir con el hijo; sobre el particular es claro la casación 3172-2005, en donde se señala que si bien la determinación de un régimen de visitas a favor del demandado no fue formalmente solicitada por la actora en su demanda, ello no impedía al A Quo para que en uso de las facultades que le confiere la ley, fije uno a favor del padre que no dispone de la tenencia, atendiendo al interés superior del niño.

Reiteramos un concepto ya mencionado, de que estos criterios consignados en el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes no son de fatal cumplimiento, sino que constituyen elementos de juicio para resolver una situación y deben necesariamente conjugarse con el interés superior del niño o adolescente, esto es lo que más convenga a sus intereses, lo que implica supeditar los intereses de los padres a los del infante, en tanto que la solución que se proponga debe responder principalmente a los intereses de los hijos.

Tenencia Compartida

De conformidad con la Ley 29269 promulgada el 16 de octubre del 2008, se faculta al juez que conoce un caso de tenencia para expedir resolución concediendo tenencia compartida, sin embargo la referida Ley se ha limitado a modificar los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, sin aportar ningún elemento, ni criterios sobre los cuales va a operar esta tenencia compartida, institución ésta que ya es de aplicación en otros países como E.E.U.U. de Norteamérica y en Argentina, entre otros, entonces tratemos de aproximarnos a lo que podría significar esta tenencia compartida.

Con respecto a la tenencia, ya hemos dado nuestro parecer de que se trata de un derecho de los padres y que puede resumirse en el hecho de que el padre o madre que ejerce la tenencia de su hijo, implica que convive con ellos, que esta relación fáctica que se da entre padres e hijos, permite el ejercicio de los otros atributos de la patria potestad; en conclusión tenencia, significará que los padres, o el padre o la madre tengan al hijo en su compañía. Ahora bien, en lo que se refiere al término compartir, ello significa repartir, dividir una cosa con otro, compartir una cantidad con otra persona, o afín a ello para el tema que nos ocupa, dividir el tiempo de convivencia con el hijo entre ambos padres, como lo dice la Declaración de Langeac (Francia) en 1999, al señalar que cuando los padres no pueden ponerse de acuerdo, los niños deben pasar igual período de tiempo con cada padre, y más concretamente, en los casos donde los padres simplemente no logran alcanzar un acuerdo directamente o a través de la mediación, los jueces tomarán las decisiones por ellos. Esto no implicará que las autoridades tengan el derecho para decidir respecto al tiempo que los niños

permanezcan con cada uno de los padres, sino con el modo en que se distribuya el tiempo entre ellos, bajo la regla del 50% y 50%. Entonces nos hemos aproximado, por la etimología de los términos a una primera definición de lo que sería la tenencia compartida, sin embargo creemos que el concepto es algo mucho más que eso.

“(...)cuando se alude a la tenencia compartida, una primera aproximación a lo que podría entenderse como tal, no sólo es distribuir el tiempo de convivencia con el menor por ambos padres, sino también distribuir todas estas facultades mencionadas a favor de ambos padres(...)”

Quien ejerce la tenencia, no sólo goza del derecho de vivir con el hijo, sino que también ejerce los demás atributos que confiere la patria potestad, tales como dirigir su proceso educativo (generalmente, viene a ser el representante legal del menor en el centro de estudios), guía sus relaciones con terceras personas, gobierna incluso sus comunicaciones, en la mayoría de los casos viene a ser el único representante legal, pues el hecho de tenerlo en su compañía permite ello, los corrige moderadamente, aprovecha de los servicios de sus hijos, en cuanto ello no atente contra la salud, ni su proceso educativo, administra los bienes del menor (en el caso de que los tuviera). En cuanto al usufructo legal, si bien es un derecho de ambos padres, quien tiene al menor consigo gobierna estos frutos, pues estos atributos, y otros, que aparentemente son de los dos padres, en los hechos son ejercidos en exclusividad por el padre o madre que goza de la tenencia, entonces cuando se alude a la tenencia compartida, una primera aproximación a lo que podría entenderse como tal, no sólo es distribuir el tiempo de convivencia con el menor por ambos padres, sino también distribuir todas estas facultades mencionadas a favor de ambos padres, todo ello en vista del interés superior del niño y adolescente.

Sin embargo, creemos que igualmente allí no se agota la tenencia compartida, por ejemplo, en el caso de permiso de viaje de los menores, que como sabemos por lo preceptuado en los artículos 111 y 112 del Código de los Niños y Adolescentes, ambos padres tienen que concederlo cuando se trate de viaje al extranjero, y uno solo cuando se trate de viajes dentro de la República; estas autorizaciones constituyen un elemento de confrontación entre los padres cuando aquel que no vive con el hijo desea viajar con éste fuera del país, pero para ello tendrá

que vencer la férrea oposición del otro padre que ejerce la tenencia, pues bien, en un régimen de tenencia compartida, la norma sobre autorización de viaje dentro de la República (basta la autorización de un solo de ellos) debería ser la misma cuando se trate de viajes al exterior, siempre y cuando la circunstancias aconsejen ello, y no exista el riesgo de que tal viaje sea aprovechado por el padre o madre para quedarse en exclusividad con el hijo, en perjuicio del otro padre o madre.

Entendemos que la tenencia compartida ha sido ideada por los legisladores, e incorporada a nuestra legislación, teniendo en cuenta no tanto los legítimos y justos intereses de los padres, sino más bien, el interés superior del niño y adolescente, recogido en la Convención de los Derechos del Niño y en nuestro Código de los Niños y Adolescentes, como es de verse del artículo IX del Título Preliminar de dicho Código, principio que debe responder a una pregunta elemental, ¿ si el menor se encuentra inserto en una confrontación tenida por sus padres, cuál sería el derrotero a seguir por la autoridad que está conociendo este problema? la respuesta a esa pregunta tendría que estar inspirada en lo que más convenga a los menores, antes que a los propios intereses de los padres entonces, aquí, más que detenerse a analizar las motivaciones, razones, o intereses de los padres, la autoridad que conoce tal enfrentamiento debería resolver por lo que resulta más adecuado y conveniente a los intereses del niño o adolescente, principio que incluso llevaría a no tener en cuenta una norma positiva que regula la situación del menor, para dar preferencia al interés superior del niño o adolescente, y ello por cuanto la norma positiva terminaría oponiéndose a este interés, como es el caso, por ejemplo de la discusión de la tenencia de un menor, en donde se ven enfrentados los padres biológicos con la abuela del menor, la misma que viene viviendo con éste, en ese supuesto, los padres biológicos argumentando su calidad de padres, piden el ejercicio de la patria potestad sobre el menor (ya sabemos que esta institución es propia de los padres, y no se extiende a terceros, por más parientes que lo fueran), y por ende tener la compañía del menor, sin embargo y en aras del interés superior, se decide por que la abuela continúe con la tenencia, como es de verse de la resolución casatoria 4710-2006 Ica.

Este interés superior del niño y adolescente, que pone en el centro de la atención preferencial al infante, es guía para cualquier autoridad, que conozca un litigio, o contienda, en la cual se vea inmerso este menor.

Dificultades para la Aplicación de la Tenencia Compartida

Sobre el particular hay que tener en cuenta que no va a ser fácil aplicar en nuestro país este régimen, debido a que la situación en que se encuentran los

padres, generalmente son muy diferentes, en todo orden de cosas, partiendo de la misma situación económica en que se encuentran, en la que uno de ellos puede tener las comodidades del caso, mientras que el otro no goza de estas posibilidades, ello puede ser en relación a la vivienda, a su entorno familiar, a la cercanía o lejanía del centro escolar. En el tema de la tenencia e incluso, la compartida, no debe pasar desapercibido para la autoridad que conoce el caso, lo que se ha venido en denominar el síndrome de alienación parental, lo que supone, que el padre o madre, que vive un tiempo con el niño, trata de indisponer a éste con el otro padre o madre, influenciándolo, y haciendo aparecer al otro, como el que pone todos los obstáculos para la felicidad del menor, presentando la figura materna o paterna que no vive con el niño como el responsable de toda esta situación, por lo tanto son muchas cosas pendientes por resolver para que se comience a otorgar esta tenencia compartida.

“(...)En el tema de la tenencia e incluso, la compartida, no debe pasar desapercibido para la autoridad que conoce el caso, lo que se ha venido en denominar el síndrome de alienación parental, lo que supone, que el padre o madre, que vive un tiempo con el niño, trata de indisponer a éste con el otro padre o madre(...)”

Tenencia Compartida, no tiene por que Eliminar el Régimen de Visitas

Para aquel padre o madre que está viviendo con el menor por un período de tiempo, en esa circunstancia, y hasta que no le toque el turno al otro padre o madre, deberán tomarse las medidas del caso para no interferir las relaciones personales entre niño y padre.

Elementos de Juicio que Debe Tener el Juzgador para Conceder Tenencia Compartida

Sobre el particular, traemos a colación algunas consideraciones de los Tribunales Argentinos, que están conociendo asuntos de tenencia compartida, y que nos parecen prudentes como elementos a tomar en cuenta por nuestros juzgadores, sobre todo cuando la tenencia compartida resulta siendo una novedad, y un concepto que hay que llenar. En este contexto, diremos que el juez debe tener muy en cuenta el derecho de ambos padres, a tomar

decisiones, y distribuir equitativamente según sus distintas funciones, sus recursos, posibilidades y características personales, responsabilidades y deberes de ambos frente a sus hijos; el interés superior del niño debe ser preferido por los jueces, sobre los demás derechos de los padres y de la familia, al momento de decidir los conflictos que impliquen la tenencia de menores; que el ejercicio, del derecho deber de cada uno de los padres no puede vulnerar idéntico derecho del otro progenitor a fin de asegurar que cada uno pueda participar con la misma amplitud, en la crianza, formación, protección y educación del niño para que el menor sea el beneficiario de lo mejor de cada uno de ellos; que la tenencia compartida viene a enervar la clásica figura prescriptiva que recae en quien convive cotidianamente con el menor, y la figura recreativa que representa quien visita al hijo que convive con el otro progenitor; tener en cuenta que si bien la opinión del menor no es vinculante, pero que por su edad, su visión de los hechos, indicaciones y deseos, puede ser un referente importante para el juez; tener en cuenta una suerte de orden público familiar, que rige ante la insuperable dificultad de los cónyuges para proveer per se, las soluciones más convenientes a sus hijos; que la tenencia importa no sólo retener al hijo, sino también el ejercicio de las principales manifestaciones que forzosamente derivan de esa especie de gobierno de la persona y de los bienes del menor, a lo que se añade la influencia preponderante y directa del guardador sobre su conformación espiritual; tenencia compartida implica, entre otras cosas, el ejercicio conjunto de la patria potestad, reconociendo a ambos padres el derecho a tomar decisiones y distribuir equitativamente, según sus distintas funciones, sus recursos, posibilidades, y características personales, responsabilidades y deberes; que el niño tiene el derecho para comunicarse con sus padres en cualquier situación, cuidando de no haber interferencia en ello; y sobre todo, debe verse la tenencia compartida como un derecho de los niños, antes que un derecho de los padres.

Tómese estas consideraciones, como elementos preliminares, para tratar de llenar el contenido de lo que debe ser una tenencia compartida en nuestro país, pues es muy diferente la realidad que se vive en países como Estados Unidos de Norteamérica, en donde ya se encuentra en práctica ello, no teniendo mayores complicaciones, pues la situación de los padres que viven separados no difiere mucho uno del otro, en cuanto a ofrecer comodidades al menor, cuando tenga que desplazarse de la casa de uno de los padres para ir al otro hogar, este hecho evidentemente no será fácil de atender en nuestro país, en donde uno de los padres, generalmente el padre, pueda ofrecerle al menor ciertas comodidades (tener cuarto propio, con muebles, equipos de juego, mejor alimentación, tiempos de recreación), que el que pueda ofrecer la madre, que no goza de los

recursos necesarios para ello, esto podría ser contraproducente pues terminaría inclinando la balanza a favor del padre o madre con mayores recursos que el otro; por ello reiterando el concepto ya fijado, estos elementos que se ofrecen debe ser un inicio para llegar a fijar lo que objetivamente pueda representar una tenencia compartida, y en este caso los administradores de justicia tienen un rol importante que cumplir, pues con sus fallos, nos van indicando cual es el camino para mejor entender esta nueva institución introducida en la legislación del niño y adolescente, llamada tenencia compartida.

Quiénes Pueden Solicitar la Tenencia

El Código de los Niños y Adolescentes en su numeral 83 señala a los titulares de la acción, que es el padre o la madre a quien su cónyuge o conviviente le arrebató a su hijo, o cuando teniéndolo desee que se le reconozca judicialmente el derecho a la custodia y tenencia, obsérvese como erróneamente se identifica tenencia con custodia.

La demanda se plantea ante el juzgado especializado de familia acompañando el documento que lo identifique, la partida de nacimiento del infante para acreditar la relación paterno o materno filial y las pruebas pertinentes que acrediten su pretensión.

La resolución que otorga tenencia no crea cosa juzgada ya que atendiendo al interés del niño o adolescente puede ser modificada por circunstancias debidamente comprobadas, sin embargo el artículo 86 del Código de los Niños y Adolescentes refiere que la acción puede interponerse cuando hayan transcurrido seis meses de la resolución originaria, pero se hace la precisión de que puede ser antes si está en peligro la integridad del niño o adolescente.

Pese a que el Código de los Niños y Adolescentes reserva la titularidad de la acción de tenencia, a favor de los padres, creemos que ello puede ampliarse para considerar también dentro de los interesados en solicitar tenencia, y ahora la tenencia compartida, a otros parientes del menor, si se diera el caso, que estos parientes han estado viviendo con el menor, e incluso éste se ha identificado con ellos, y en esa situación, los padres conjuntamente o individualmente, alegando su derecho de padres biológicos tratan de conseguir la tenencia, con el argumento de que por ley, y en su calidad de padres, son ellos los llamados a tener a sus hijos en su compañía, sin tener en consideración la convivencia precedente, ni mucho menos, lo que efectiva y realmente quieren los menores; sobre el particular ya hemos hecho mención respecto de una resolución casatoria, la 4710-2006 de Ica, en donde se prefirió a la abuela del menor, antes que a los padres biológicos, en lo correspondiente a la tenencia del niño, claro está que en esa época, no se había aún incorporado la figura de la tenencia compartida, que es materia de análisis 