

Cómo es el cuidado personal del hijo establecido de forma provisional

Por Dr. Claudio Belluscio 11/04/2018 Civil, Familia



La tenencia de los hijos menores de edad que contemplaba el derogado Código Civil es reemplazada por el cuidado personal del hijo según el nuevo Código Civil y Comercial. Más allá del cambio de denominación de la palabra "tenencia" por "cuidado personal", el nuevo Código Civil y Comercial Unificado de la Nación introduce un nuevo paradigma en el ámbito del derecho de familia al contemplar este nuevo instituto del cuidado personal del hijo, ya que su aplicación trasciende —en algunos casos— la mera guarda física del niño, niña o adolescente. Será de suma importancia para el abogado conocer con exactitud cuál es la nueva normativa que se establece al respecto, ya que surgen importantes innovaciones.

Introducción

El Código Civil y Comercial de la Nación, en sus arts. 705 a 723, establece un bloque de normas procesales que engloba a los Procesos de Familia.

El art. 705 del Código Civil y Comercial de la Nación, dice:

"Ámbito de aplicación. Las disposiciones de este título son aplicables a los procesos en materia de familia, sin perjuicio de lo que la ley disponga en casos específicos".

Si bien las provincias tienen la facultad constitucional de darse sus propias instituciones locales, y por ende legislar sobre su procedimiento, en este caso lo novedoso (y controvertido, si se quiere) es que el Código Civil y Comercial Unificado de la Nación fija de manera sistematizada las pautas y principios que han de regir en los procesos de familia.

Establece, en consecuencia, un derecho procesal de familia que será aplicable en todo el territorio de la Nación Argentina.

Cuidado personal del hijo de forma provisional (art. 721 CCCN)

El art. 721 del CCCN determina las medidas provisionales aplicables a las personas y el art. 722 del CCCN las medidas provisionales aplicables a los bienes, tanto en la nulidad matrimonial como en el divorcio.

En cuanto a la posibilidad de solicitar y establecer el cuidado personal del hijo, de forma provisional, el art. 721 del CCCN decreta:

"Deducida la acción de nulidad o de divorcio, o antes en caso de urgencia, el juez puede tomar las medidas provisionales necesarias para regular las relaciones personales entre los cónyuges y los hijos durante el proceso".

Puede especialmente:

1.- determinar, teniendo en cuenta el interés familiar, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y, previo inventario, qué bienes retira el cónyuge que deja el inmueble;

2.- si corresponde, establecer la renta por el uso exclusivo de la vivienda por parte de uno de los cónyuges;

3.- ordenar la entrega de los objetos de uso personal;

4.- disponer un régimen de alimentos y ejercicio y cuidado de los hijos conforme con lo establecido en el Título VII de este Libro;

5.- determinar los alimentos que solicite el cónyuge teniendo en cuenta las pautas establecidas en el artículo 433”.

Estas medidas provisionales enumeradas en el art. 721 del CCCN están insertas en un proceso de divorcio o de nulidad del matrimonio, es decir, están ligadas a un proceso principal, lo cual las dota de la instrumentalidad propia de las medidas cautelares.

Como podemos observar, el inciso d) del art. 721 del CCCN faculta a las partes a solicitar y al juez a determinar, aún de oficio, el cuidado personal del hijo de forma provisional.

Esta atribución del cuidado personal del hijo de forma provisional, en principio, deberá decretarse —por parte del juez o tribunal— una vez deducida la acción de nulidad o de divorcio, pero —también— se podrá conceder antes.

Si bien, en este último caso (que éste cuidado personal se solicite antes de la interposición de la demanda en el proceso principal), el propio art. 721 del CCCN exige que ello será posible sólo en “caso de urgencia”.

Por lo cual, a tenor del propio texto, la “urgencia” sólo se debería demostrar cuando estas medidas se piden anticipadamente, pero no cuando se solicitan en la demanda principal.

Por otra parte, el art. 723 del CCCN dice que este art. 721 es aplicable a las uniones convivenciales, en cuanto sea pertinente.

Visión jurisprudencial

Alguna jurisprudencia ha establecido de forma provisional el cuidado personal del hijo.

Así, un fallo en que la progenitora trasladó a su hija desde la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a la Ciudad de Río Gallegos, modificando el lugar de residencia, con expresa oposición del progenitor, se determinó la restitución de la niña a la jurisdicción en la que residía antes del traslado.

En ese caso, se otorgó provisoriamente el cuidado personal al progenitor, y se insta a los progenitores a acordar un sistema de comunicación amplio entre la niña y su madre, estableciéndose:

“No cabe duda que el proceder de la progenitora no se condice con la actitud y manifestaciones vertidas en sede del Juzgado, conforme surge de la

entrevista de la cual dan cuenta las constancias de fs. ..., donde afirmó no tener previsto a la brevedad unificar el lugar de residencia con su actual esposo y que en caso de pretender hacerlo, de no poder consensuar con el padre pautas que garanticen la vinculación padre-hija, formularía presentación judicial con vistas a lograr los acuerdos o autorizaciones pertinentes."

"Los tribunales están obligados a atender primordialmente al interés superior del niño, sobre todo cuando es doctrina de la Corte que garantizar implica el deber de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos en la Convención (fallo 318:514), debiendo los jueces, en cada caso, velar por el respeto de los derechos de los que son titulares cada niña, niño o adolescente bajo su jurisdicción, que implica escucharlos con todas las garantías a fin de hacer efectivos sus derechos (conf. arts. 12. 2 y 40. 2. b de la Convención de los Derechos del Niño). (Fallos 331, 2691)."

"Sin perder de vista la influencia que en la voluntad de la niña sus progenitores puedan ejercer, en tanto ambos la han hecho partícipe de los conflictos de la relación disfuncional que transitan, contemplando su edad, grado de madurez y teniendo en mira lo expuesto por el progenitor, en cuanto a la posibilidad concreta de hacerse cargo del cuidado personal de su hija y restablecimiento de su escolaridad en el Colegio al que concurría, habida cuenta el tiempo del cual data la estadía de la niña en la ciudad de Río Gallegos y que por lo demás, las decisiones judiciales vinculadas a la guarda de los hijos no causan estado y son susceptibles de modificación ulterior si la necesidad de proveer al interés de los menores lo aconseja, habré de acceder al pedido de restitución a esta Jurisdicción y al otorgamiento provisorio del cuidado personal de F. a su padre."

En otro caso planteado en sede judicial, se trataba de un traslado intempestivo y unilateral del lugar de residencia de una niña a otra provincia por parte de la madre, con expresa oposición del progenitor.

Con basamento en el principio del art. 3º, inc. f de la ley 26.061 (centro de vida de niños, niñas y adolescentes), se decidió que el cambio de domicilio no responde a los intereses superiores de la niña.

Por lo tanto, se confirmó la sentencia que hizo lugar al pedido de restitución al lugar habitual de residencia y se otorgó provisoriamente el cuidado personal al progenitor.

Al respecto, se sentenció:

"El art. 716 del CCyC recepta el principio ya establecido en el art. 3º, inc. f, de la ley 26.061, que dispone: `A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: (...) f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse´."

"El haber hecho efectivo el cambio de lugar de residencia, pese a la expresa oposición del progenitor, se vio reflejado en el ánimo y sentir de la

niña a quien escuche junto con el Sr. Defensor de Menores e Incapaces, oportunidad en la cual manifestó su deseo de regresar y retomar su escolaridad en el establecimiento educativo al cual asistía.”

“Se advierte claramente que la Sra. O. S. contrariando la normativa vigente en lo que hace a la responsabilidad parental, y a sus propios dichos en el marco de un proceso judicial -en el que justamente la cuestión litigiosa se refería al traslado a otra provincia de la menor- procedió a modificar unilateralmente el centro de vida de la menor, actitud que no puede ser avalada por este Tribunal puesto que ello implica una burla a la jurisdicción, y además de vulnerar la normativa vigente, violando la buena fe procesal que debe imperar en todo proceso judicial.”

“De los propios dichos de la recurrente surge que tenía pleno conocimiento de que no podía modificar en forma unilateral el lugar de residencia habitual de F. ya que para ello era necesario contar con la autorización del progenitor o bien, en caso de no arribar a un acuerdo, la cuestión sería resuelta judicialmente.”