

El divorcio y la responsabilidad parental en el Proyecto de Reformas del Código Civil

Carolina Duprat¹

Voy a referirme a la importancia de la modificación y actualización de las normas proyectadas respecto al divorcio y a la responsabilidad parental.

Se parte de la idea de un cambio cultural sobre las bases de los principios constitucionales y el respecto a los tratados de Derechos Humanos.

Se consagran los principios constitucionales de pluralidad, igualdad y solidaridad, adecuando las normas a las nuevas realidades familiares. De este modo se recogen las críticas que la doctrina y la jurisprudencia han realizado tanto respecto al trámite del divorcio como al ejercicio de la responsabilidad parental cuando los progenitores no conviven.

Principales cambios respecto del divorcio

1. Se suprimen las causales de divorcio. Se facilita la salida del matrimonio evitando tener que ventilar las culpas del fracaso matrimonial. El sistema causado ha demostrado su fracaso por dos motivos principales: la dificultad probatoria que impide al juez desentrañar lo que ha ocurrido en la intimidad del hogar como asimismo el impacto destructivo que el trámite del divorcio causado deja en los hijos del matrimonio. El divorcio proyectado es incausado y por pedido de uno o de ambos cónyuges, con la única requisito que se acompañe una propuesta de convenio regulador de los efectos del divorcio. En la práctica se advierte la inconsistencia del divorcio subjetivo y que el verdadero motivo es presionar respecto de la liquidación de la sociedad conyugal o los alimentos, con el consiguiente desgaste emocional para todos los miembros de la familia.

2. La propuesta de convenio regulador resulta una novedad que sin duda será beneficiosa para todos los miembros de la familia, atento que se propicia el acuerdo de los esposos respecto a los efectos que traerá el divorcio tanto respecto a la atribución de la vivienda, como a la responsabilidad parental, prestación alimentaria y distribución de los bienes. Sabido es que es garantía de mejor cumplimiento cuando las soluciones son consensuadas y no ordenadas compulsivamente por juez.

3. Se suprimen los plazos de espera para poder solicitar el divorcio. En el actual sistema si los cónyuges deciden divorciarse deben esperar tres años de casados para poder petitionar el divorcio por mutuo consentimiento, resultando contrario al principio de libertad.

4. Se suprimen las audiencias y la intervención judicial a los fines de evaluar y valorar los motivos del divorcio. Ya la doctrina y la jurisprudencia ha objetado el trámite de la doble audiencia entendiendo injustificada e invasiva a la libertad de los cónyuges, la obligación impuesta al juez para indagar y valorar las causas que llevan a los esposos a pedir el divorcio. Si dos personas han decidido libremente terminar con su matrimonio, debe respetarse esta decisión.

5. Las normas proyectadas amplían el ámbito de libertad de los esposos en lo relativo al ejercicio de la facultad de pedir el divorcio, respetando el libre desarrollo de la personalidad y el ejercicio de la

autonomía de la voluntad cuando ya no se desea seguir vinculado al cónyuge, no haciéndolo depender de demostración de causa alguna ni de plazos de separación.

Modificaciones respecto a la responsabilidad parental

En principio es importante destacar el cambio de los términos.

Se reemplaza patria potestad por responsabilidad parental, tenencia por convivencia con el hijo y régimen de visitas por derecho de comunicación.

El término responsabilidad parental **da cuenta de los cambios que se han producido en la relación entre padres e hijos**. La palabra “potestad”, de origen latino, se conecta con el poder que evoca a la “protestas” del derecho romano centrado en la idea de dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica .

Ya lo decía la Dra. Grosman en el año 2006, “El uso del término **tenencia**, que significa ‘ocupación y posesión actual y corporal de una cosa’, lesiona la consideración del niño como una **persona**. Por esta razón, las legislaciones modernas, en concordancia con la nueva mirada, utilizan otra terminología, como ‘convivencia con el hijo’, ‘cuidado personal del hijo’ o ‘residencia habitual del hijo’. Igualmente, hablar del ‘**derecho de visitas**’ desmerece el **vínculo** que debe existir entre padres e hijo. Aun cuando, felizmente, esta expresión ha sido reemplazada por “el derecho de comunicación” en las prácticas sociales y judiciales la referencia a ‘las visitas’ es habitual... detenernos en los vocablos es **cooperar en la transformación de las creencias** y como resultado influir en las actitudes y comportamientos. Por lo tanto, es preciso bregar por la incorporación de designaciones **más apropiadas a su real significación histórica y vital**, ya que las que aún subsisten no resultan ser sus intérpretes legítimos”

En el Código originario el art. 264 la definía como: ... **conjunto de los DERECHOS** que las leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos **legítimos**, en las personas y bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad y no estén emancipados”

Se consagraba un sistema vertical con relaciones jerárquicas propias de la familia patriarcal.

El proyecto establece la Responsabilidad principal y originaria de los padres de criar, educar y cuidar a sus hijos, orientando y acompañando el proceso de adquisición de plena autonomía; en beneficio de los hijos.

En la actualidad y cuando los padres no conviven el Código Civil consagra la “Tenencia unipersonal” que responde a un esquema familiar tradicional. Un progenitor ejerce la “tenencia”, el otro supervisa (controla) y “visita”. Reforzado por el artículo 206 que consagra una presunción legal para ejercer la tenencia en favor de la madre cuando se trata de niños menores de 5 años.

Este esquema no responde a la familia actual, donde ambos progenitores, a pesar de la separación, deben responsabilizarse de la crianza y educación de los hijos.

El proyecto cambia la regla de ejercicio unipersonal en caso de separación de hecho, divorcio o nulidad de matrimonio, estableciendo que deben ejercerlo **ambos progenitores**, presumiendo que los actos realizados por uno cuentan **con la conformidad del otro**. Establece como excepción el ejercicio unipersonal (Por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, **en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a sólo uno** de ellos, o establecerse **distintas modalidades**).

Respecto al cuidado personal (que lo separa de la tenencia), establece como regla que sea **compartido**, modalidad **indistinto**. **Por excepción puede establecerse el cuidado unilateral (por acuerdo o decisión judicial)**.

Se consagra expresamente la **autonomía progresiva de los menores** de edad, estableciendo que la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente **puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.**

También establece expresamente el **derecho del menor a ser oído en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.**

En síntesis, la responsabilidad parental se concibe en el proyecto como una función y acompañamiento que ejercen los progenitores en INTERÉS DEL HIJO, actuando los tres principios : DE INTERÉS SUPERIOR, DE AUTONOMÍA PROGRESIVA Y DERECHO A SER OÍDO, como LÍMITES en el actuar de los padres, con el objeto de encontrar el EQUILIBRIO.

La evolución de la familia y específicamente los cambios en las relaciones paterno filiales exigen adecuar el derecho a la realidad, acercamiento que - sin dudas - se logrará con las normas proyectadas.

ⁱ Abogada, Especialista en Derecho de Familia, Profesora Adjunta de la materia Derecho de Familia y Sucesiones de la Universidad Nacional del Sur.