

“REGIMEN DE CONVIVENCIA”.

José Eduardo Agüero Alegre

Artículo sobre el régimen de convivencia, justificado a través de leyes, códigos y jurisprudencia de la República del Paraguay

INTRODUCCION

Se considera de gran utilidad hacer una breve referencia sobre las implicancias que conlleva una de las instituciones más importantes del Derecho de Familia, la patria potestad. Esta denominación tradicional proviene del derecho romano y que lo definía como: “...*el conjunto de derechos y deberes que incumben a los padres con relación a las personas y los bienes de sus hijos menores de edad no emancipados...*”. En efecto, la patria potestad hacía alusión al poder ejercido por el jefe de familia o pater familias sobre las personas que formaban el núcleo familiar.

Es evidente que la familia cumple un rol social importante, ella se convierte en una especie de soporte moral para el individuo y brinda apoyo a sus miembros, se define a la familia desde el punto de vista jurídico, como “*el conjunto de personas entre las cuales existen vínculos jurídicos, independientes y recíprocos, emergentes de la unión sexual y la procreación*”; y desde el sociológico, como “*un régimen de relaciones sociales institucionalizadas a partir de la unión sexual y la procreación*”.

Es aceptable afirmar que la convivencia familiar posibilita la estabilidad económica y afectiva, ayuda a la incorporación y culminación del sistema educativo de los hijos, contribuye a abolir el trabajo infantil y a abrir mayores oportunidades para el desarrollo personal y económico de los hijos. Así también, hace realidad el cumplimiento de los derechos de las personas, sobre todo de las que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad.

Por ello, es importante analizar todas las “aristas” referente al régimen de convivencia, uno de los problemas con mayor volumen dentro de la Jurisdicción Especializada (Fuero Niñez y Adolescencia)

En la actualidad bastante se ha cuestionado la utilización del término patria potestad, en el convencimiento de que los hijos no son propiedad de los padres. Muy por el contrario, los progenitores asumen un sinnúmero de responsabilidades, a fin de satisfacer necesidades prioritarias del hijo. Sobre el punto, se trae a colación una novedad relevante del código civil y comercial de la Nación Argentina, donde la denominación de patria potestad es sustituida por la de responsabilidad parental. Sin dudas, la legislación paraguaya deberá ajustar esta terminología a las directivas y realidades del mundo moderno. Hoy por hoy, se la concibe como el conjunto de responsabilidades y deberes, natural y legalmente puesta a cargo de los progenitores en condiciones de igualdad, encaminada más bien a la protección integral del hijo menor de edad no emancipado, en el afán de dirigirlos y orientarlos en su formación y educación, respetando la personalidad del hijo; amparo que se inicia desde el momento mismo de la concepción.

El principio VI de la Declaración de los derechos del niño, orienta que el niño deberá crecer bajo el amparo y responsabilidad de los padres. Así también a la luz de la disposición del Art. 8 de la convención de los derechos del niño: “*Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño... a las relaciones familiares...*”. En el mismo tenor el Art. 18 consagra: “*...la responsabilidad primordial de la crianza y desarrollo del niño radica en los padres...*”. (Ley N° 57, 1990).

Por su parte el código de la niñez y adolescencia vigente en el Paraguay, en el Art. 8 en la misma línea prevé que: “*El niño o adolescente tiene derecho a vivir y desarrollarse en su familia...*”. (Ley N° 1680, 2001).

Es incuestionable que lo ideal es la organización familiar en base al matrimonio, en un ambiente que garantice el desarrollo integral del niño en lo afectivo y material. Pero a estas alturas de la evolución social, el escenario se nos presenta con una masiva difusión de estructuras familiares disímiles.

Queda claro que el niño goza primordialmente del derecho a la familia, teniendo como sustento que la convivencia familiar previene una serie de déficits de carácter emocional y garantiza oportunidades para el desarrollo social y económico del niño.

Desde luego que hay excepciones, en las que esta convivencia familiar puede resultar incluso un peligro o sea lesiva a los intereses del hijo, por ejemplo: ante la presencia de antecedentes de violencia, abuso sexual, adicciones y cualquier otra situación que ponga en riesgo la integridad física, emocional o psicológica de éstos.

Por lo general, cuando se producen estos supuestos, los progenitores se ven imposibilitados de ejercer conjuntamente el cuidado, atención y educación regular de sus hijos; consecuentemente, surgen los problemas de la determinación de la convivencia del hijo y ante la falta de acuerdo entre los padres, tales conflictos se dirimen ante los estrados judiciales. En situaciones de crisis familiar o conyugal, la única forma de garantizar el bienestar del hijo es enfocándose hacia la visión de los derechos que les son inherentes y a los principios que orientan el fuero de la niñez y adolescencia.

El Art. 9 inc. 3 de la Convención de los Derechos del Niño pregoná: “...*Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño*”.

En sentido similar el Código de la Niñez y Adolescencia vigente en la República del Paraguay, en el Art. 92 preceptúa textualmente: “*El niño o adolescente tiene el derecho a la convivencia con sus padres, a menos que ella sea lesiva a su interés o conveniencia, lo cual será determinado por el Juez, conforme a derecho. En todos los casos de conflicto, el Juez deberá oír la opinión del niño o adolescente y valorarla teniendo en cuenta su madurez y grado de desarrollo*”.

Así, surgen las siguientes orientaciones: primero, se hace alusión al derecho que tiene el niño de convivir con sus padres, salvo que ello sea lesivo a su interés o conveniencia, de lo cual emerge que la convivencia puede atribuirse bajo dos modalidades, tanto en forma unilateral como también en forma compartida; segundo, se favorece a la autocomposición de los derechos o al acuerdo entre padres y en caso de conflicto, la solución queda a cargo del juez; y por último, se establecen pautas a ser tenidas en cuenta por el juez para decidir sobre la convivencia, contemplando la edad del niño, la opinión del niño y el interés superior del niño.

Convivencia unilateral o unipersonal

El cuidado del hijo queda a cargo de un solo progenitor —padre o madre— con quien el hijo reside o convive. El progenitor conviviente goza del tiempo principal para la crianza del hijo y es quien participa activamente en la vida diaria del mismo; sin embargo, el no conviviente, tiene una exigua vinculación con el hijo, generalmente reducida a fines de semana.

No puede negarse que cuando se atribuye la convivencia bajo este modo, el hijo mantiene un vínculo o sentimiento afable circunstancial más fuerte con el progenitor con el que convive. Esta modalidad permite al progenitor conviviente ligarlo a las tareas cotidianas del hijo y disfrutar de más ocasiones para muestras de afectividad.

Convivencia compartida

El cuidado del hijo recae en ambos progenitores y ambos ejercen sus responsabilidades inherentes a la patria potestad indistintamente. Lo que define este estilo de convivencia, es que tanto el padre como la madre comparten tiempos iguales con el hijo y asumen en conjunto decisiones atinentes al hijo, por más que éstos ya no convivan. Desde este aspecto, la convivencia compartida no es incompatible con el hecho de la separación de los padres.

Se hace alusión a la directiva asumida por la novel legislación civil y comercial de la nación Argentina, que establece en el Art. 656 lo siguiente: “el judicante debe priorizar la modalidad compartida indistinta, excepto que por razones fundadas resulte más beneficioso el cuidado unipersonal o alternado”.

Medios para otorgar la convivencia. Acuerdos o solución contenciosa.

Siguiendo con el análisis del precepto legal del Art. 93 del código de la niñez y adolescencia del Paraguay, el régimen de convivencia puede ser:

A) Convenido por los progenitores de manera judicial o extrajudicial

Este supuesto acontece cuando los padres a pesar de las secuelas negativas que la ruptura de la relación de pareja trae de por sí aparejada, han superado sus enconos o diferencias personales y han logrado un grado de madurez que les permite arribar a la solución más satisfactoria para sus hijos con relación a la convivencia con los mismos. Es decir, y a modo de ejemplo, los progenitores pueden celebrar un convenio verbal o escrito, judicial o extrajudicial, donde se instituye quién de los progenitores se hará cargo del hijo en su vida cotidiana o con quién residirá y pasará la mayor parte del tiempo.

B) Casos contenciosos o controvertidos

Ante la imposibilidad de arribar a un pacto entre padres con relación a la convivencia del hijo en común, estos son dirimidos ante los estrados judiciales y el juez tiene la potestad de otorgar la convivencia del hijo a tal o cual progenitor, o disponer la compartida. La solución contenciosa en sede judicial se presenta como subsidiaria y sólo debe acudir a ella cuando existe discrepancia entre los padres.

El Art. 93 del código de la niñez y adolescencia paraguayo, se ocupa de las pautas que deberán ser contempladas por los jueces para la atribución de la convivencia del hijo a los progenitores en caso de que éstos no hagan vida en común y se disputen la convivencia del hijo. En su parte pertinente establece cuanto sigue:

“...En caso de separación de los padres y de existir controversia sobre la tenencia del hijo, el Juez deberá oír la opinión del niño o adolescente y resolverá teniendo en cuenta la edad y el interés superior del mismo. En el caso del niño menor de cinco años de edad, este debe quedar preferentemente a cargo de la madre...”

La edad, la opinión y el interés superior del niño— deben ser observadas por el juez al analizar la mejor idoneidad de los progenitores; a continuación, se describe el alcance de los mismos:

La edad del niño.

La legislación examinada precedentemente estima a la edad como criterio de atribución de la convivencia, considerando que en los primeros años de vida del niño son primordiales los cuidados de la madre. En el afán de desentrañar la motivación del legislador plasmada en la normativa analizada, que consagra la preferencia materna para los niños menores de cinco años de edad, se explica que este criterio tiene su fundamento en razones naturales de desarrollo físico y psicológico del ser humano y en la necesidad de que el niño permanezca bajo los cuidados y atenciones exclusivas de la madre, durante los primeros años de vida y más aún durante el periodo de lactancia.

La opinión del niño.

Es un principio que goza de máxima relevancia en la jurisdicción de la niñez y adolescencia, más aún en los procesos judiciales donde está en juego la atribución de la convivencia del hijo a los padres. El niño debe ser oído a tenor de lo plasmado en la convención de los derechos del niño, que en su *Art. 12.1* pregona: *“Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”*.

El derecho del niño a expresar su opinión estará subordinado a que se encuentre en condiciones de formarse un juicio propio, es decir, solo abarcaría a los niños que gozan de capacidad de razonar y de una madurez suficiente; por lo que quedarían excluidos aquellos niños que se encuentran en las primeras etapas de su vida.

El interés superior del niño.

Principio medular sobre el cual reposa el ordenamiento legal positivo en la materia de niñez y adolescencia, se desprende de la doctrina de la protección integral y persigue la satisfacción máxima de los derechos del niño.

La convención de los derechos del niño, por su parte, en el Art. 3 preceptúa; “...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”.

En igual sentido, el derecho interno paraguayo lo consagra en el Art. 3 del código de la niñez y adolescencia: “Toda medida que se adopte respecto al niño o adolescente estará fundada en su interés superior. Este principio está dirigido a asegurar el desarrollo integral del niño o adolescente, así como el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos y garantías. Para determinar el interés superior o prevaleciente se respetarán sus vínculos familiares, su educación y su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Se atenderá además la opinión del mismo, el equilibrio entre sus derechos y deberes, así como su condición de persona en desarrollo.”

Este principio se presenta como puntal esencial en la solución de conflictos donde están involucrados los niños, pues impone a los juzgadores considerar aquello que resulta más beneficioso para el desarrollo integral físico y psíquico del niño, al momento de asumir una decisión.

CONCLUSION

Podemos concluir que en el régimen de convivencia, y a pesar de la existencia del interés superior del niño, aún existen cuestiones que son motivos de debate, especialmente judicial: la viabilidad o no del régimen de convivencia a favor del progenitor conviviente. Pudiendo este ser (negligente o deliberado, incumplidor del rol paterno o materno). Al tiempo que la eficacia de las medidas que ensayan los jueces en el Régimen de Convivencia todavía dista de ser siquiera descripto y analizado en profundidad lo que torna la necesidad de profundizar las investigaciones que tomen por objeto de estudio esta problemática.

Bibliografía

- Alicia Beatriz Pucheta de Correa, “Manual de Derecho de la Niñez y Adolescencia”.
- Irma Alfonso de Bogarin, “Derecho de la Niñez y la Adolescencia. Enfoque procesal”.
- Ley 1680/2001 - Código de la Niñez y Adolescencia