

CRITERIOS JURÍDICOS SOBRE EL DERECHO DE COMUNICACIÓN ENTRE EL PROGENITOR NO CONVIVIENTE CON SUS HIJOS MENORES DE EDAD



MATIAS RODRIGO DIAZ
ABOGACIA – U. SIGLO 21
AÑO 2017

Resumen.

Cuando se plantean ciertas controversias entre los progenitores que implican su separación o no convivencia, nos encontramos con una disputa en donde los hijos se transforman en elementos de ella. Ante ésta circunstancia, tanto el progenitor no conviviente como el niño/a y adolescente tienen derecho a mantener comunicación, cultivando los lazos afectivos y las relaciones familiares en el tiempo, salvo si ello es contrario al interés superior del niño, por lo que es de suma relevancia analizar el alcance del derecho de comunicación y el deber que tiene ante el mismo el cónyuge conviviente.

El presente trabajo pretende concientizar acerca de la importancia y la incidencia que tiene el contacto paterno filial y el marco legal protectorio sobre el derecho de comunicación entre el progenitor no conviviente y el hijo menor de edad en nuestro país que fundamenta el mismo, y al cual han de estar las personas que atraviesan por ésta situación para su conocimiento, acerca de la legitimación para ejercer el derecho mencionado, efectivizándose el mismo mediante el respectivo régimen de comunicación y las sanciones impuestas ante el incumplimiento de éste último con motivo de obstaculizar el vínculo entre padre e hijo.

Palabras claves:

- Niño/a y adolescente- Interés superior del niño- Familia.- Derecho de comunicación- Régimen de comunicación.

Abstract.

When certain controversies arise between the parents that imply their separation or non-coexistence, we find ourselves in a dispute where the children become elements of it. Faced with this circumstance, both the non-cohabiting parent and the child and adolescent have the right to maintain communication, cultivating affective ties and family relationships over time, unless this is contrary to the best interest of the child, so it is of the utmost relevance to analyze the scope of the right of communication and the duty that the spouse has to coexist with.

This paper aims to raise awareness about the importance and incidence of paternal filial contact and the protective legal framework on the right of communication between the non-cohabiting parent and the minor child in our country that supports it, and to which must be the persons who pass through this situation for their knowledge about the legitimacy to exercise the aforementioned right, being effected the same through the respective communication regime and the sanctions imposed before the latter's failure to cause the link between father and son.

Keywords:

- Child and adolescent - Superior interest of the child - Family. - Right of communication - Communication regime.

Índice.

❖ **Introducción.**

❖ **Capítulo I: Niñez, adolescencia y familia.**

- . Introducción.

- 1.1. Conceptualización de niño, niña y adolescente.Pág.12
- 1.2. Persona menor de edad y el ejercicio de sus derechos según el Código Civil y Comercial de la nación.Pág.15
- 1.3. Niño, niña y adolescente como sujeto de derecho.Pág.16
- 1.4. Principio de la autonomía progresiva.Pág.19
- 1.5. Principio del interés superior del niño.Pág.23
- 1.6. La familia y su correlativa importancia en la vida de un niño, niña u Adolescente.Pág.27
- 1.7. Conclusión parcial.Pág.34

❖ **Capítulo II: Introducción al derecho de comunicación.**

- . Introducción.

- 2.1. Concepto de derecho de comunicación.Pág.36
- 2.2. Antecedentes del derecho de comunicación.Pág.39
- 2.3. Personas legitimadas para ejercer el derecho de comunicación.Pág.41
- 2.4. Suspensión del derecho de comunicación.Pág.44
- 2.5. Conclusión parcial.....Pág.49

❖ **Capítulo III: Regulación normativa.**

- . Introducción.

- 3.1. Código Civil y Comercial de la nación.
 - 3.1.1. Artículo 555.Pág.51
 - 3.1.2. Artículo 646.Pág.54
 - 3.1.3. Artículo 652.Pág.55
- 3.2. Ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.
 - 3.2.1. Artículo 11.Pág.56
- 3.3. Convención sobre los derechos del niño.
 - 3.3.1. Artículo 9.Pág.57
- 3.4. Conclusión parcial.Pág.59

❖ **Capítulo IV: Responsabilidad parental.**

- . Introducción.

4.1. Concepto y alcance de la responsabilidad parental.	Pág.61
4.2. Cuidado personal.	Pág.65
4.3. Plan de parentalidad.	Pág.67
4.4. Conclusión parcial.	Pág. 71

❖ **Capítulo V: Régimen de comunicación.**

- . Introducción.

5.1. Concepto y procedencia del régimen de comunicación.	Pág.73
5.1.1. Régimen ordinario, extraordinario y asistido.....	Pág.76
5.2. Mediación.	Pág.79
5.3. Incumplimiento del régimen y las medidas para asegurar su cumplimiento.	Pág.82
5.4. Rol del juez y su competencia.	Pág.85
5.5. Derecho del niño a ser oído.	Pág.87
5.6. Conclusión parcial.	Pág.91

❖ **Conclusiones finales.**

❖ **Bibliografía.**

Introducción.

El Derecho de Comunicación (anteriormente denominado en el Código Civil derogado como derecho de visitas) busca mantener los vínculos afectivos entre parientes, (en este caso entre padre e hijo) dotándolos del derecho de mantener adecuada comunicación con el pariente con quien no se convive, conforme a que es un derecho-deber que atañe el cuidado personal de los hijos sobre la vida cotidiana del mismo.

El presente trabajo bajo el título de “Criterios jurídicos sobre el derecho de comunicación entre el progenitor no conviviente con sus hijos menores de edad” tiene como finalidad, en miras al problema de investigación planteado, en adelante: “¿Cuál es el marco legal protectorio sobre el derecho de comunicación entre el progenitor no conviviente y el hijo menor de edad y cómo debe obrar ante este supuesto el progenitor conviviente en el marco del ordenamiento jurídico argentino considerando así también la normativa internacional a la cual este adhiere?”, determinar los criterios jurídicos que existen y que avalan el derecho de comunicación entre el progenitor no conviviente con sus hijos menores de edad.

Teniendo como objetivo analizar el alcance del derecho de comunicación entre el progenitor no conviviente y el hijo menor de edad y la normativa que rige en el ordenamiento jurídico argentino e instrumentos internacionales a los cuales este adhiere, considerando el deber de colaboración por parte del progenitor conviviente.

El trabajo tiene como punto de partida el año en que entra en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación. “Ley 26.994” (primero de agosto del año dos mil quince) regulando la figura del derecho de comunicación hasta la actualidad, lo que no implica obviar su anterior recepción en el Código Civil derogado, ni los instrumentos jurídicos internacionales- nacionales como la Convención sobre los derechos del niño, ley N° 26.061 y otros.

Por lo que se analizará lo estipulado por el Código Civil y Comercial de la Nación, doctrina, jurisprudencia pertinente sobre el tema, ley 24.270, ley 26.061, Convención sobre los derechos del niño y demás disposiciones reglamentarias vinculadas con la temática a tratar, que configuran la normativa específica que da sustento y protección al derecho de comunicación, analizando así el alcance del

mismo, cuándo procede y quiénes son las personas legitimadas para ejercer dicho derecho, cuándo se origina su suspensión y cómo debe obrar el otro cónyuge bajo apercibimiento de incurrir en las sanciones legales pertinentes que a su tipo correspondieren.

Lo que resultará de gran ayuda y como herramienta de conocimiento a las personas, ex parejas que atraviesan por este tipo de situaciones y generalmente desconocen el contenido legal que protege al mismo y el procedimiento que efectivizará el mencionado derecho, éste problema se plantea a menudo en gran parte de la comunidad. Haciéndoles saber que tanto los padres como los hijos tienen el derecho de mantener vínculo, trato fluido, contacto directo a pesar de las problemáticas vertidas entre adultos y que pese a esto el progenitor conviviente por más que no tenga el deseo de que su hijo se involucre o tenga relación con su otro padre, tiene el deber de brindar la debida colaboración para favorecer el contacto entre ambos y que por consiguiente si no cumple lo mencionado ut- supra será pasible de sanciones.

De esta manera se logrará ampliar la normativa existente y unificarla en un sólo cuerpo debido a que si bien este derecho está receptado en la legislación se encuentra disperso entre variadas disposiciones reglamentarias, ya que no hay un aporte unificado sobre la temática donde se pueda visualizar la doctrina, jurisprudencia, legislación tanto nacional como internacional del tema estudiado y así contribuir a que la investigación pueda ser consultada a futuro, siendo la misma una herramienta jurídica relevante y de aplicación tanto a las personas que vieran su vínculo obstaculizado por algún tipo de impedimento y también brindar aportes a los estudiantes de derecho que pretendan investigar sobre dicho tema, destacando la gran incidencia que tiene el derecho a la vida familiar en la sociedad.

En cuanto a su regulación normativa el instituto se encuentra consagrado con especial atención en el artículo 652, también hacen al contenido de éste, el artículo 555 y 646 del Código Civil y Comercial de la Nación. La ley 26.061 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes recepta este derecho en el artículo 10 y 11 y por último la convención sobre los derechos del niño lo contempla

en su artículo 9, por lo que constituyen el alma madre del marco legal que protege y ampara el derecho de comunicación.

Es fundamental el conocimiento de la normativa específica ya que la justificación o relevancia de la temática elegida radica en que la separación de las parejas, trátase de matrimonio, uniones convivenciales o simplemente la no convivencia de los padres cuando hay hijos de por medio, incide indefectiblemente en el desarrollo integral de los niños, niñas u adolescentes viéndose afectado su comportamiento, sus estados de ánimo u otros factores que hacen a su desenvolvimiento ya que los mismos terminan encontrándose “entre la espada y la pared” entre uno y otro padre o prisioneros de los conflictos entre los mismos al punto de llegar a verse privados u optar entre comunicarse con uno o el otro para no herir el sentimiento de ambos.

El niño a pesar de encontrarse en dicha situación tiene derecho a comunicarse con ambos padres independientemente de con quién viva y de los problemas que atañen únicamente a los adultos. Conforme que a partir de la Convención sobre los derechos del niño y lo establecido en su normativa general, tiene éste el derecho a vivir en un ambiente familiar, preservando dichas relaciones, así como fortalecer su derecho a la identidad partiendo desde el principio del interés superior del niño y su estado, siendo considerado como sujeto titular de derechos.

La metodología empleada, atendiendo a que el trabajo constituye un proyecto de investigación aplicada (PIA), tiene como tipo de estudio el modelo descriptivo, con una metodología cualitativa, lo que implica que se buscó recolectar información sobre el alcance del derecho de comunicación, realizando una descripción sobre el mismo, lo que puede verse reflejado en cada capítulo del trabajo.

El desarrollo del TFG comprende cinco capítulos. En el primer capítulo denominado “Niñez, adolescencia y familia”, tiene como objetivo explicar el concepto de niño/a- adolescente, su condición como sujeto titular de derecho dejando de lado la condición de objeto de derecho, ya que conforme a su condición de tal son plenos titulares del derecho de comunicación, pudiendo reclamar el mismo si éste fuere vulnerado. También se podrán visualizar dos principios importantes en materia de familia como lo son el principio del interés superior del niño y el de la autonomía progresiva, culminando con el rol y la influencia en la sociedad que cumple una

familia en la vida de las personas y el por qué es importante mantener el trato fluido-regular preservando las relaciones en el tiempo.

En el segundo capítulo “Introducción al derecho de comunicación”, se busca explicar detalladamente qué se entiende por derecho de comunicación, sus variantes, su contenido, lo que implica, como así también sus antecedentes, las personas que se encuentran legitimadas para su pleno ejercicio y la suspensión ante ciertos supuestos que revistan gravedad para la integridad del niño, niña u adolescente, lo que guarda gran relación con el principio del interés superior del niño, con especial tratamiento en el capítulo uno.

El capítulo tres, “Regulación normativa”, responde al problema de investigación, conformando la normativa específica a la que se tendrá que estar y que ampara éste derecho de doble titularidad que tienen tanto los padres como los hijos.

El capítulo cuarto, “Responsabilidad parental”, tiene como principal objetivo tratar la figura de la responsabilidad y las derivadas como su titularidad, ejercicio, cuidado personal, sumamente vinculada con el derecho de comunicación ya que ante la misma se dará plena legitimación a los padres para reclamar el derecho suscitado por su condición de tal.

Por último, el capítulo cinco denominado “Régimen de comunicación”, ocupa un lugar protagónico en la siguiente investigación, ya que dicha figura es la herramienta fundamental para asegurar y consolidar de manera efectiva el mencionado derecho, estableciéndose las pautas necesarias para su cumplimiento, qué tipo de régimen se aplicara, dependiendo la situación en concreto como las consecuencias ante su incumplimiento, analizando por último el rol que cumple el juez en los procesos de familia y el derecho del niño a ser oído en los mismos.

Respecto al tema elegido y a la problemática presentada, habiendo desarrollado cada capítulo, se elaborarán las conclusiones finales a las que se arribe, teniendo como base las investigaciones sobre el tema, la problemática que se presenta ante las separaciones o no convivencia entre padres y la hipótesis de la cual se partió, donde el progenitor no conviviente y su hijo menor de edad tienen el derecho fundamental de comunicación, por su condición de padres y de la de sujeto titular de derecho del niño, niña u adolescente salvo excepciones que pongan en peligro su vida debiendo el padre, con el cual el niño convive, facilitar el contacto entre padre e hijo a fin de fortalecer el derecho de identidad del niño, desarrollándose en un ámbito

familiar tanto con uno u otro de sus padres preservando las relaciones familiares en el tiempo, ya que el vínculo directo con ambos padres constituye un derecho humano del niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad- contención afectiva- comprensión, siendo el estado quien debe garantizar el cumplimiento del derecho mencionado.

Capítulo I

Niñez, adolescencia y familia

Introducción.

El primer capítulo tiene como eje la figura del niño, niña y adolescente, qué se entiende por tal, según la legislación y la respectiva evolución de su concepto, dejando atrás el viejo paradigma que consideraba al niño como objeto, lo que sin dudas generó una especie de debilitamiento hasta el gran paso que marcó un antes y un después, donde comienza a considerarse al niño como sujeto de derecho.

Se podrán analizar dos principios claves como el de la autonomía progresiva de la voluntad y el interés superior del niño que cumplen un papel fundamental en materia de familia, ya que los niños, bajo su correlativo estado de “sujeto titular de derechos”, deberán ser escuchados en las decisiones en que se vieran involucrados sus intereses, las cuales deberán atender siempre a su bienestar y la máxima satisfacción de sus derechos, lo que a la hora de reclamar el derecho de comunicación del cual es acreedor tanto el niño como el padre, se tendrá en cuenta, garantizando sus derechos y el pleno conocimiento de ellos al resto de la sociedad, pese a que en la mayoría de los casos se presenta la tipología básica del que sólo los padres tienen el derecho de mantener contacto con sus hijos y por último se describirá la importancia que tiene la familia para el pleno desarrollo de la personalidad de los niños.

1.1. Conceptualización de niño, niña y adolescente.

La niñez ha pasado durante estos años por innumerables concepciones y puntos de vista a lo largo de la historia, donde se fue tiñendo en cada época de las circunstancias sociales, políticas, económicas, jurídicas y psicológicas del medio, las que influyeron de manera directa y cronológica en la concepción.

El niño, antes de la modernidad, era considerado como un adulto pequeño, como parte de una sociedad y se educaba para ser adulto, lo que involucraba indirectamente un proceso socio-cultural y educacional que tenía como fin formar a estos niños desde la base, imponiéndoles las mismas obligaciones y responsabilidades que un adulto, no se diferenciaba entre éstos últimos y los niños, pues desde ahí deriva tal postura y consideración. Es decir, que compartían tareas, trabajos, entre otros, las diferencias sólo residían en la fisonomía, ciertas características que contribuyen al modo de vida como la experiencia propia de la edad y por sobre todo en materia de

derecho ya que esta visión coloca al niño en un anonimato absoluto conforme a que no se le reconocían los mismos derechos fundamentales que a los adultos.

Con el paso del tiempo y la evolución histórica-social de los pueblos, es decir del hombre en constante desarrollo, como sujeto activo e impulsor de los cambios en una sociedad que crece y está abierta a los mismos, dicha concepción comienza a ser reemplazada por otra postura que tiene la mirada en el sujeto individual, comenzando a configurarse el niño como sujeto, como persona, con sentimientos, derechos y una percepción de la vida y de la sociedad diferente e independiente de la mirada de los adultos en sí, cambiando la mirada de la familia y su consideración hacia tal. Es así que “nace el sentimiento de infancia... aparece el modelo de “niño rey” que conduce al llamado ´angelismo y a la cultura del ternurismo” (Mizrahi, 2015, p. 3).

Aún en la etapa de la modernidad, seguían mediando ciertas contraposiciones, sobre todo y de suma relevancia el reconocimiento de los derechos, atinente a que los niños no contaban con los mismos derechos fundamentales que los adultos, pues entonces “el perfil sobreprotector de la llamada minoridad configuró un sistema tramposo, en tanto se alimentó de una vigorosa dominación de los padres sobre sus hijos.” (Mizrahi, 2015, p.3).

La etapa de la posmodernidad trae consigo importantes cambios, a decir de otros un haz sobre la manga, dándole al niño/niña u adolescente un rol protagónico en la sociedad, es así que en el año 1989 se sanciona un instrumento legal de origen internacional de tal magnitud como lo es la “Convención sobre los derechos del niño”, marcando un antes y un después en la historia ya que se elimina la concepción del niño considerado como objeto de protección para considerarlo como sujeto de derecho y respecto a su condición de tal gozan en adelante de los mismos derechos y de sus respectivos mecanismos de protección que los otros grupos sociales, colocándolos en igualdad de trato y defensa ante la ley.

Nuestro país adhiere a la Convención sobre los derechos del niño al año siguiente de su respectiva sanción a través de la ley 23.849, adquiriendo ésta jerarquía constitucional con la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994, art. 75 inc. 22.

Es de suma relevancia, para entender de lleno el tema principal del presente apartado, saber qué se entiende por niño, niña y adolescente ya que sobre éstos recaerán derechos que los colocarán en un rol decisivo en y para la sociedad. Al respecto la Convención sobre los derechos del niño en su art. 1 establece que “.... se entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”, con la salvedad que en nuestro país es considerado niño todo aquel ser humano desde el momento de su concepción hasta los 18 años de edad, límite a partir del cual se fija la mayoría de edad. Por último adolescente es toda aquella persona menor de edad que cumplió trece años hasta la edad fijada para adquirir la mayoría, la cual se adquiere a los dieciocho años.

Anteriormente se utilizaba la expresión “menor” para referirnos a éste segmento de la sociedad, pero conforme al avance jurídico- social y a su respectiva evolución fue pertinente reemplazar dicho término por el de “niño”, ya que la primera expresión se inclinaba más en la inmadurez y no en la potencialidad de los mismos menoscabando así el rol que cumplían en la sociedad y violando lo establecido por el art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional, la cual pretende efectivizar la igualdad de oportunidades entre los diferentes grupos sociales, promoviendo y garantizando el pleno ejercicio de sus derechos y asegurando a los niños, niñas u adolescentes igual trato que los demás integrantes de la sociedad y prohibiendo en absoluto cualquier práctica abusiva o denigrante sobre su vida privada.

La ley 26.061 “Ley de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes” sancionada en el año 2005 cumple un papel fundamental en cuanto a la regulación normativa, estando siempre la misma a lo predispuesto por la Convención sobre los derechos del niño, brindando protección a este sector de la sociedad, asegurando el pleno ejercicio y cumplimiento de los derechos establecidos en los cuerpos normativos que hacen al contenido de la materia y a su condición de persona “sujeto de derecho”, incorporando la recepción de la gestión de políticas públicas, programas de integración y restablecimiento del derecho vulnerado a través de distintos mecanismos e instituciones destinadas y reguladas por esta ley para su posterior tratamiento estableciendo el principio de igualdad y no discriminación de los

niños, niñas y adolescentes en miras al principio rector en las relaciones de familia, en adelante “interés superior del niño”.

1.2. Persona menor de edad y el ejercicio de sus derechos según el Código Civil y Comercial de la nación.

El presente cuerpo normativo recepta que “menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años.”¹, lo que indirectamente marca y configura una línea divisoria con la etapa de adolescencia, abarcando la misma un límite temporal que va desde los trece años de edad hasta cumplir la mayoría.

Cuando hablamos de persona menor de edad, sólo se utiliza ese término a los fines de marcar el límite y frontera con la mayoría de edad, ya que el término menor fue reemplazado de manera equitativa e igualitaria por el de niño, conforme al cambio de paradigma de dejar de ser considerados como objetos de derecho para convertirse en sujetos titulares de los mismos.

En lo que atañe al ejercicio de derechos que le corresponden a este segmento determinado de la sociedad, el Código Civil y Comercial de la Nación recepta lo siguiente:

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 conflictos de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona....²

La responsabilidad parental que le atañe a los progenitores por su condición de tal, tiene un límite dado por el derecho a la intimidad del que son titulares los niños,

¹ Art. 25 del Código Civil y Comercial de la nación.

² Art. 26 del Código Civil y Comercial de la nación.

niñas- adolescentes y a que su opinión sea tenida en cuenta en los procesos o relaciones de familia, asegurando su pleno desarrollo y máxima satisfacción de los derechos reconocidos en los respectivos cuerpos legales del que son acreedores este sector de la sociedad.

Los padres deben acompañar en el transcurso y circunstancias de la vida a sus hijos para que éstos ejerzan de manera efectiva sus derechos, cumplan con sus deberes y obligaciones, ya que el adulto tiene la responsabilidad de educarlos, enseñarle hábitos, valores y prepararlos para asumir una vida responsable respetando siempre su intimidad, no considerándolos como objeto de pretensiones de los adultos y haciendo respetar por parte de éstos a las demás personas que los rodean.

1.3. Niño, niña y adolescente como sujeto de derecho.

Una vez desarrolladas en el apartado anterior ciertas terminologías que son de suma relevancia, como saber qué se entiende por niño, niña y adolescente, es necesario comenzar a indagar sobre el niño como persona de una sociedad, su función, su protagonismo e importancia.

Es así que en el anterior Código Civil derogado de Vélez Sársfield el niño era considerado como objeto de derecho, sobre el cual se tomaba decisiones, sin importar su respectiva opinión, lo que refleja una mera postura proteccionista y sin lugar a dudas autoritaria por parte de los progenitores- representantes legales. Dicha postura generó un quiebre en la sociedad ya que si bien era importante brindar cierta protección a los niños se generó con esto un sentido de debilitamiento, de dependencia por parte de los niños, niñas y adolescentes, menoscabando su propia autonomía.

Durante años nuestro Código Civil mantuvo dicha postura hasta dar el paso al paradigma de la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial (“Ley 26.994”). A partir de ahí se visualiza un cambio radical sobre el rol del niño, considerándolo como sujeto de derecho, titular de los mismos y de los mecanismos de protección de ambos, estando y respetando los lineamientos y directrices establecidos en la Convención sobre los derechos del niño y la ley 26.061 “Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes” que ya adherían a dicha postura con anterioridad, donde

el niño es un protagonista activo en la sociedad, es parte de ella, un integrante más que contribuye a su crecimiento y merece su protección, son un sector de la sociedad diferenciados por completo de los adultos, pero merecedores de igual trato y portadores de iguales oportunidades.

La convención sobre los derechos del niño sin dudas aportó herramientas significativas para que los niños, niñas y adolescentes dejaran de ser considerados como objeto de derecho para dar el esperado paso y convertirse en lo que hoy son “sujetos de derechos”, partes de una familia, de grupos sociales, habitantes de una comunidad con responsabilidades, deberes y derechos que les corresponden según su grado de madurez y edad y por su condición de personas en pleno desarrollo, conforme a una nueva relación entre las figuras de infancia, adolescencia, estado, sociedad y familia.

La idea de los niños y adolescentes como sujetos plenos de derecho significa un quiebre de paradigma en la historia jurídica de la niñez, dejándose atrás la concepción paternalista propia de la llamada doctrina de la “situación irregular” o modelo tutelar, que los consideraba como “menores” o “incapaces” y, por ello, “objeto” de protección y de representación por parte de sus progenitores o demás representantes legales y el Estado (Herrera.2015, p. 38).

En base a la posición de la autora, la cual es compartida, puede decirse que si bien los niños eran considerados con anterioridad como incapaces y con el respectivo cambio son considerados en la actualidad como sujetos titulares de derechos no se deja de lado la figura de los padres, representantes legales, del Estado, los cuales siguen acompañando al niño durante el desarrollo de su vida, orientándolo ante las diversas situaciones que manifiesten un interés significativo para la vida del mismo, brindando especial protección para garantizar el pleno goce y cumplimiento efectivo de sus derechos que les corresponden por el simple hecho de ser personas dotadas de capacidad jurídica, entre los cuales se puede mencionar el derecho del niño a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta, derecho que sin ampliar hace manifiesto el cambio de postura de ser objeto de derecho a convertirse en titulares de los mismos, en adelante figura decisiva en los procesos de familia.

Los niños y adolescentes intervienen en las relaciones de familia, sociedad y estado ya no como objeto sino como titular de derechos y obligaciones, teniendo vital importancia su opinión en asuntos donde estuviesen involucrados los mismos, “deben ser considerados prioridad absoluta, es decir, ser los primeros en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, en la atención por servicios públicos, y en la formulación y ejecución de políticas sociales.” (Garcés, 1997, p.26).

El Estado cumple un rol destacado en la sociedad ante dicho cambio, garantizando políticas públicas que tiendan a asegurar la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, asegurando su pleno ejercicio en el ordenamiento argentino y tratados internacionales a los que este adhiere, lo que adquiere especial sustento y fuerza legal en la Convención sobre los derechos del niño, ley 26.061. Es así que “el Estado asegurará el derecho del niño y el adolescente a la libertad, integridad física, psíquica y social, preservando la imagen, la identidad, la autonomía de valores, ideas o creencias y los espacios y objetos personales.”³. Para lo cual el estado velará por su cumplimiento en pleno.

Los niños y adolescentes no podrán ser privados de sus derechos sin el debido proceso legal, el cual garantizará el derecho a ser oídos en todo proceso judicial o procedimiento administrativo que lo afecte y el respeto y dignidad que se les debe como personas en desarrollo.⁴

Cuando se hace mención a la gestión de políticas públicas del Estado para garantizar el cumplimiento de los derechos que atañen a éste sector de la sociedad, nos referimos sin más ni menos al fortalecimiento y acceso a una educación de calidad, pública e integral, ya que la misma es el cimiento de una sociedad, la herramienta que nos permite cultivar y cosechar conocimientos convirtiéndonos en seres intelectuales y racionales, como Estado se debe garantizar el acceso a los servicios públicos, a la salud, a crecer y desenvolverse de manera libre, sin coacción alguna, con total libertad de expresión y esparcimiento, los niños tienen el derecho a gozar de espacios públicos donde puedan recrearse, a cultivar el deporte, el ejercicio físico vital para la salud y su desarrollo en potencia, con los que se cuenta pero aun así

³ Art. 6 de la Ley 6354 “Protección integral del niño y el adolescente”

⁴ Art. 9 de la Ley 6354 “Protección integral del niño y el adolescente”

debemos seguir trabajando para promover programas de iniciación deportiva, artística mediante talleres municipales, talleres donde puedan trabajar y restablecer el derecho que fue vulnerado e indirectamente fortalecer el rol de la familia, caparazón que protege y guía al mismo a lo largo de su camino.

Como sociedad basados en la idea del deber de solidaridad social, razón humana y en pleno ejercicio de la democracia participativa debemos brindar una efectiva colaboración como ciudadanos que evolucionan y perfeccionan su ordenamiento en plena vigencia, debiendo en conjunto para eso proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes siempre teniendo en miras el principio rector del interés superior del niño, el cual será desarrollado a lo largo del presente trabajo de investigación.

1.4. Principio de la autonomía progresiva.

El principio de la autonomía progresiva de la voluntad, es uno de los principios que regulan la responsabilidad parental teniendo su recepción en el art. 639 del Código Civil y Comercial de la Nación, a raíz de la sanción de éste cuerpo y del cambio de postura de considerar en la actualidad al niño como titular de derechos ya que en el anterior código derogado no se contemplaba tal principio, también se encuentra receptado por otros cuerpos normativos como en el art. 5 de la Convención sobre los derechos del niño y el art. 3 de la ley 26.061, el mismo se encuentra sumamente vinculado con la condición jurídica de los niños, niñas y adolescentes como efectivos protagonistas en las relaciones sociales en las que sean parte.

La capacidad de los niños, niñas y adolescentes se presume, si bien en principio no pueden realizar determinados actos hasta que adquieren preferentemente la mayoría de edad (18 años), salvo que mediere antes emancipación por contraer matrimonio pero sin embargo según su desarrollo y el de sus facultades van adquiriendo a medida que progresan, autorización para realizar determinados actos, los cuales deben estar sumamente relacionados con su desarrollo físico, cognoscitivo-psicosocial y de ahí deriva también su protección por parte del Estado y sus progenitores.

Es importante destacar que los niños en principio ejercen sus derechos a través de los progenitores o simplemente representantes legales, salvo que los mismos

cuenten con una madurez suficiente, para lo cual se tendrá que estar a cada situación en particular teniendo en cuenta parámetros de suma relevancia como lo son el discernimiento del niño, niña u adolescente como así también su madurez intelectual-psicológica, circunstancias personales y el contexto social en el que se encuentra inmerso, factores decisivos a la hora de determinar su autonomía y la posibilidad de tener en cuenta su opinión en los procesos en los que involucren su interés acorde a la madurez de los mismos, ya que no tendrá la misma incidencia y vinculación la opinión de un niño de tres años que la de un adolescente de catorce años.

Éste principio como se puede deducir en post de lo leído con anterioridad, se encuentra relacionado con el pleno ejercicio de los derechos de los niños, niñas u adolescentes y las posibilidades de decidir, entra en juego aquí, la edad por la que transita el adolescente, factor clave aunque es necesario dejar en claro que la edad no es sinónimo de madurez, si bien se encuentran relacionadas ambas variantes, se estará siempre a la persona en particular, como ser distinto- diferenciado del resto y a las características que revisten su personalidad.

A modo de ejemplo si mencionamos que dos niños de doce años cuentan con la misma madurez nos estaríamos equivocando en cierta medida, ya que si bien la edad lleva implícito cierto grado de madurez consigo, será dependiendo de cada ser y de su desarrollo, circunstancial, emocional, espiritual, psicológico, social que se dará la madurez que será propia de cada sujeto en sí y que le dará a medida que estos factores avancen, mayor autonomía, y a mayor autonomía mayor vinculación- reafirmación de sus decisiones y alcance de participación de los mismos en los procedimientos.

Cuando se hace referencia a que a mayor avance de los factores, mayor será la autonomía, se deja en evidencia una característica importante para el derecho, que es en adelante que la capacidad de los niños y adolescentes es gradual y progresiva en donde juegan un rol fundamental como se dijo a priori, las circunstancias sociales, afectivas, espirituales, personales que hacen al centro de vida del niño en cuestión y he aquí que dado estos factores sus facultades progresarán con el transcurrir del tiempo, evolucionando también sus aptitudes, orientación, características psicofísicas y las competencias de los mismos que hacen a su personalidad y desarrollo integral.

De ésta manera a mayor autonomía disminuye la representación de los progenitores así tenemos por ejemplo el adolescente de trece años que puede decidir respecto de aquellos tratamientos no invasivos, prestar su consentimiento con la asistencia de sus padres en el caso de que sean invasivos, el adolescente de 16 años, en adelante adulto mayor tiene derecho a tomar decisiones que afecten a su cuerpo, el derecho del niño a que su opinión sea tenida en cuenta respecto a mantener comunicación con el progenitor que no convive, la posibilidad de ser escuchado en su propio proceso de adopción entre otros. A los fines de resaltar lo mencionado ut-supra se realiza la siguiente acotación:

En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. (Herrera 2015,p.44).

Se puede resaltar con especial atención nuevamente que, si los niños cuentan con mayor autonomía, tendrán mayor responsabilidades en los actos a realizar pero a la vez tiene un efecto descendiente, que mientras los niños, niñas u adolescentes gozan de mayor facultades conforme a su edad e intelecto y madurez propia, diferenciable y característica de su propio ser, disminuye el espíritu de protección y orientación de los progenitores, configurando un límite a la responsabilidad parental por parte de éstos.

Es menester destacar que el Estado cumple un rol relevante en lo que atañe a éste principio respecto del cual entre sus disposiciones se destaca que:

Los Estados partes respetarán las posibilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades,

dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.⁵

Al respecto es necesario traer a colación lo estipulado por el Código Civil y Comercial de la Nación, conforme a que el mismo entre sus prerrogativas hace alusión a los diferentes modos de su regulación, a saber:

1)habilitando a que ciertos derechos (en especial los de tinte personalísimos relacionados con el cuidado al propio cuerpo) puedan ser ejercidos de manera personal y autónoma por las personas que aún no hubiesen alcanzado la mayoría de edad que acontece a los 18 años; 2)como límite a la autoridad de los padres sobre los hijos en toda la regulación de la responsabilidad parental y 3) como pauta para medir el grado de intervención o participación de los niños y adolescentes en los procesos de familia.(Herrera 2015.p.44)

Como se podrá visualizar se deja de lado el criterio restrictivo de la edad adoptado en el anterior código civil derogado respecto a la capacidad de ejercicio, para adentrarnos también al concepto de “madurez suficiente” concepto que comienza a tallar sobre la figura nombrada a priori, teniendo en miras el desarrollo físico, psicosocial donde cobra sentido la personalidad del sujeto, ser humano que percibe y capta emociones exteriorizándolas con el mundo externo a través de las relaciones sociales.

Por último, pero no menos importante, el desarrollo cognoscitivo, eje primordial del niño, persona en pleno crecimiento potencial donde el criterio temporal será determinante para la adquisición de conocimientos, desarrollo del lenguaje y de la memoria, es decir potencialidad y reafirmación de las capacidades mentales en pos de que somos seres pensantes que evolucionan con el paso del tiempo envueltos en el perímetro de una sociedad que considera y estima al comportamiento de todos como esencial y determinado para contribuir a sus fines.

⁵ Art. 5 Convención sobre los derechos del niño.

1.5. Principio del interés superior del niño.

El principio del interés superior del niño es uno de los principios rectores de la responsabilidad parental, entre los que se destacan también la autonomía progresiva y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta dependiendo de la edad y su correlativa madurez. El mismo es un principio de vital relevancia en el derecho de familia ya que configura una directriz o eje rector que gobierna los procesos de familia, de manera que actúa en numerosos supuestos donde se ven involucrados los derechos de niños, niñas y adolescentes, no pudiendo ser obviado, ni sometido a criterio de la voluntad de las partes.

Acerca del mismo la convención sobre los derechos del niño, se expide afirmando 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”⁶. Entendiéndose al mismo como “... la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.”⁷

Cuando se hace referencia a la máxima satisfacción se alude a tomar la decisión más conveniente para el niño, adoptando un criterio de rigurosa razonabilidad de manera de buscar cierta armonía entre el interés individual del niño y el del ámbito familiar o de la sociedad, ya que los mismos constituyen una parte crucial del medio, debiendo serles garantizados los derechos adquiridos por su condición de tal y evitando cualquier acto perjudicial para su desarrollo integral con especial fundamento en la dignidad humana.

A los fines de comprender la terminología utilizada para referirnos a “interés superior” se trae a colación lo mencionado por dos autores reconocidos como Lloveras y Salomón, aludiendo ambos que:

El interés superior del niño es un principio rector de la CDN, que anuncia que ese interés está primero en el orden de jerarquía, es decir,

⁶ Artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño.

⁷ Artículo 3 de la Ley 26.061 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

antes que el interés de los padres biológicos, antes que el interés de los hermanos, antes que el interés de los guardadores, antes que el interés de los tutores, antes que otros “intereses”, no sólo es un interés superior en referencia a otros intereses en juego, sino que además debe ser el mejor interés a la hora de dilucidar conflictos de derechos... en tanto la calificación de superior, prioritario, no implica desconocer o dejar de lado otros intereses del grupo familiar que puedan estar en juego, pues los requerimientos del niño deben armonizar con las necesidades de toda la familia dentro de una lógica integración. (Assandri citada por Fernández 2015, p. 2449).

Si bien el renombrado principio ya se encontraba establecido con anterioridad en la Convención de los Derechos del Niño y la ley 26.061, recién es receptado por el Código Civil y Comercial a partir de la presente reforma del año 2014, estableciendo a lo largo de su articulado que toda decisión en la que se ponga en juego derechos de niños, niñas u adolescentes mediante el correspondiente proceso deberá stricto-sensu ajustarse a la decisión más conveniente y favorable, es decir al interés superior del niño.

El mismo se encuentra vinculado íntimamente con el cambio de paradigma del niño de ser visto como objeto a ser considerado como sujeto de derecho, ya que el interés superior se satisface en la medida que se garantiza el pleno goce y ejercicio de los derechos de los mismos, brindando las herramientas necesarias a este sector, de manera tal que se respete su rol en la sociedad como pequeños transformadores y participes de la misma, respetando su derecho a ser oído en los procesos en los que sean parte, a contar con patrocinio letrado, otorgándoles las mismas garantías procesales que un adulto.

Se deberá estar a sus necesidades materiales, espirituales y psico- afectivas, priorizando el derecho a crecer y desarrollarse en una familia, en donde su opinión pueda ser tenida en cuenta, expresándose de manera libre y espontánea.

Uno de los aspectos relevantes es hacer especial énfasis a que el niño se desarrolle en su familia de origen, respetando su centro de vida, sus pertenencias, sus sentimientos y los lazos familiares que lo unen por mediar vínculo de parentesco o interés afectivo legítimo, para lo cual el Estado realizará y mantendrá en continua

vigencia la implementación de políticas públicas destinadas a restablecer cada derecho vulnerado y programas de promoción, de re-vinculación con los progenitores para velar y fiscalizar de manera rigurosa el cumplimiento de los derechos reconocidos en cada disposición reglamentaria sobre la materia en cuestión.

El interés superior del niño en base a lo mencionado ut- supra configura una pauta de interpretación de las normas y de superación de conflictos entre éstas, a modo de ejemplo se puede citar el correspondiente derecho de comunicación que tiene el niño, niña u adolescente con el progenitor no conviviente, para lo cual el juez tomará la decisión a favor de mantener el contacto entre ambos atendiendo justamente al principio del interés superior del niño.

El juez tendrá en cuenta también lo fundamental que es mantener efectiva comunicación con sus padres, preservando todo tipo de relación, pues dicha figura paterna cumple un rol importante para el niño y su correlativa identidad, para que el mismo pueda crecer bajo la protección de éste, sin que medie obstaculización por parte del otro progenitor y así ambos puedan gozar de un clima adecuado en donde ninguna conducta repercuta de manera perjudicial respecto a la personalidad de los hijos.

He aquí que el juez tomará las variantes a las que se hizo alusión salvo que el progenitor que pretenda el régimen manifieste excesiva peligrosidad para su hijo y ponga en peligro la vida del mismo, donde la decisión más conveniente para el niño será impedir en último caso el contacto con el otro progenitor, por estar en riesgo la integridad del mismo, su estabilidad ya sea emocional, física y el trato entre ambos incida de manera perjudicial en el niño, ya sea mostrando alteraciones de conducta, agresividad, depresión, dispersión en el ámbito escolar, conductas que manifiesten dificultad de integrarse al resto de las personas de su edad o de la sociedad hasta poner en riesgo su vida, por no estar apto uno de sus padres para brindarle los cuidados que merece por su condición de tal. Es menester destacar lo mencionado en un fallo, en donde se hace referencia a lo siguiente:

La regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene el afecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los

intereses de otros sujetos individuales o colectivos e, incluso, el de los propios padres. De ello se desprende que todas las alternativas disponibles para arribar a un pronunciamiento en un conflicto como el presente deben ser evaluadas a la luz de privilegiar la situación real del niño no debiendo ello ser desplazado por más legítimos que resulten los intereses de los padres y de aquellos que ejercen la guarda preadoptiva. De lo que se trata es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisface el interés superior del niño.⁸

El presente fallo tiene como protagonistas a la Sra. Farres María Cecilia, y al Sr. Doctorovich Gustavo, quien tienen un hijo varón menor de 18 años de edad, una historia de larga data, donde luego de divorciados los padres, en el año 2000, la madre ejerce la tenencia, el Sr. Doctorovich luego de nueve años, se presenta con su hijo ante sede judicial solicitando en el mismo la guarda del niño y una medida de prohibición de acercamiento.

El hijo, fruto de la pareja manifiesta tener una relación conflictiva con su mamá y el deseo de no volver a verla, lo que derribó a que el juez decidiera en ese momento mantener al niño bajo la guarda de su padre hasta resolver la pertinente cuestión, lo que en adelante quedó sin efecto, reintegrándose el niño con su madre y otorgando al padre un régimen de visitas.

El juez ordenó un régimen de visitas, hoy denominado régimen de comunicación, y terapia judicial, siendo dicha resolución apelada por la madre, expresando la Sra. Farres que no se respetó el derecho del niño a ser oído. En ese entonces el joven ya de 15 años de edad manifestó rotundamente negarse a ver a su padre y a cumplir la terapia judicial, expresó que desea llevar una vida como la de otros adolescentes sin tener la necesidad de acudir seguidamente a un juzgado.

⁸ Suprema Corte de Justicia- Sala Primera. Poder Judicial de Mendoza. “FARRES MARIA CECILIA POR SI Y P.S.H.M. EN J° 5272/11/1CF// DOCTOROVICH GUSTAVO C/ FARRES MARIA CRISTINA P/MEDIDA AUTOSATISFACTIVA P/ REC. EXT. DE INCONSTIT- CASACIÓN” Recuperado el 24/08/2016 de: <http://www.2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=4920851925> (Sentencia de fecha: 16/08/2016)

Los jueces decidieron hacer lugar al recurso interpuesto por la madre ya que someter al hijo a un régimen con su padre, sería pasar por alto su estado emocional, angustiante y su rotunda oposición a mantener relación alguna con él y donde habiendo analizado e intentado todas las maneras posibles de revinculación paterno filial los jueces se basan en ésta decisión que se toma en consideración al principio del interés superior del niño, que es el que debe primar en los procesos de familia.

Respecto a lo decidido en sede judicial, se comparte la postura adoptada por los magistrados, ya que el principio del interés superior del niño debe primar en los procesos de familia, buscando satisfacer la máxima protección de sus derechos. Si bien debe mediar cierta razonabilidad e intentarse lo más favorable para el niño, en su momento como lo era lograr la revinculación prima- facie entre ambos, resultó imposible ya que los padres, guiados por el sentimiento del odio, utilizaron a su hijo como elemento de disputa, sembrando en él un sentimiento que terminó dando como resultado continuas conductas negativas para mantener el derecho de comunicación entre padre e hijo y donde habiendo intentado todo y estando a lo considerado por el niño, su opinión, estado emocional, atendiendo también al principio de la autonomía progresiva, ya que el niño tiene un pensamiento definido al no querer mantener contacto con su padre y estando al principio del interés superior, lo más favorable para el desarrollo de su vida fue arribar a la pertinente decisión.

1.6. La familia y su correlativa importancia en la vida de un niño, niña u adolescente.

La familia es una institución natural y fundamental para el ser humano, es la base o el cimiento de una sociedad, a través de la cual, los individuos tienen el derecho de nacer, crecer y educarse en ella, la misma resulta ser una especie de caparazón que a lo largo de los años protege a sus integrantes, brindando seguridad y nutriéndolos de valores como respeto, solidaridad, compromiso, responsabilidad, reciprocidad de manera tal que hacen a la dignidad de la persona.

Durante estos años el concepto de familia ha ganado nuevos criterios y puntos de vista dependientes de los cambios sociales, conforme a que el ser humano es un sujeto que cambia constantemente en el tiempo. Si bien a la hora de hablar de familia hacemos mayormente referencia a esa familia típica, es decir, la conformada por papá,

mamá y hermanos, es dable realizar un breve recorrido sobre las diferentes acepciones que existen sobre dicho concepto.

Así se tiene a la familia en sentido amplio, es decir, familia como parentesco, la misma “Es el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico de orden familiar” (Belluscio, 1996, p. 3). El parentesco es el vínculo jurídico que se da ya sea por naturaleza, adopción, técnicas de reproducción humana asistida, y por afinidad. Respecto al parentesco en razón de la naturaleza, es aquel creado en virtud de la unión sexual entre dos personas, anteriormente denominado por consanguinidad. En fin lo importante es que según este criterio conformarán la familia los padres, hermanos, abuelos, tíos, primos y demás parientes por afinidad.

La familia vista desde un sentido restringido “....comprende sólo el núcleo paterno- filial denominado también familia conyugal o pequeña familia-, es decir, la agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que viven con ellos....” (Belluscio 1996, p. 4 y 5).

Es decir, lo que comúnmente llamamos grupo familiar, es el eje fundamental de las futuras generaciones, sobre la misma pesa el deber de protección, cuidado derivados de la figura de la responsabilidad parental que le atañe a los padres respecto a sus hijos menores de edad, ya que ellos son los protagonistas principales y creadores de su propia familia y sobre los cuales pesa la obligación de garantizar el fiel cumplimiento de los derechos que la ley les reconoce a los niños, niñas y adolescentes, entre los cuales se destacan el derecho a vivir en familia, el acceso a una educación básica de manera gratuita, asegurar los beneficios de la seguridad social, vestimenta, gastos por enfermedad, alimentación, en la medida de sus posibilidades.

El ser humano en sus primeros años de vida, desde que da sus primeros pasos comienza a identificar a la familia conformada por un papá, una mamá y hermanos conforme a que durante años la sociedad se vio rigurosamente vinculada con esta postura, desde el simple hecho que sólo la unión de un hombre y una mujer es la que produce vida y contribuye a la posteridad de una familia. En este sentido Kemelmajer de Carlucci sostiene que:

La familia llamada tradicional, esa familia matrimonializada (fundada en el matrimonio), paternalizada y patrimonializada (o sea,

dependiente económicamente y en otros aspectos del padre), sacralizada (nacida de formas más o menos solemnes) y biologizada (su fin principal es tener hijos), viene sufriendo cambios desde hace más de un siglo) (Herrera, 2015, p.11).

Se adhiere a la postura de la autora debido a que este tipo de familia, donde el padre es el sustento de la misma provoca, según desde la arista donde se la mira, cierta desigualdad y debilitamiento de la figura de la mujer, y una mirada muy rígida sobre la familia, donde el matrimonio es la base de toda la unión, es justo esto lo que viene sufriendo distintos cambios ya que no necesariamente una familia debe estar sustentada en la institución del matrimonio ya que bastaría con una simple convivencia, donde medie amor, armonía, tranquilidad, estabilidad para que los niños-adolescentes puedan crecer y contar con la debida protección de los mismos.

En la actualidad cada día son más las parejas que deciden abstenerse a la figura del matrimonio por diversos motivos y establecen una convivencia, donde puede ser registrada la misma o por falta de recursos no se puede llegar a registrar y no por eso cumple otro rol diferente a la familia que está constituida bajo ciertas solemnidades.

Una vez que las personas intentaron formar una familia, una unión sólida pero por motivos ya sea personales, sociales u económicos no pudieron mantener el vinculo, dándose su posterior ruptura tienen derecho a seguir buscando otra oportunidad, otro compañero de vida o compañera para establecer un proyecto de vida en común, sería el caso de aquellos individuos que están divorciados, son viudos y siguen apostando a la unión y con ganas de formar una nueva familia, la cual es denominada como ensamblada, ya que “las familias ensambladas se vinculan de manera directa con la ruptura matrimonial o convivencial de una unión y la conformación de otro vinculo de pareja de la cual se tienen o no hijos en común”. (Herrera, 2015, p.28).

Por último, pero no menos importante un detalle que requiere su especial atención es lo siguiente:

Se ha sostenido con precisión que la conformación de una familia monoparental puede ser de carácter originario o derivado. La primera

acontece en los casos de adopción por parte de una persona sola siendo ello posible en el Derecho argentino, como así también y de manera más contemporánea, cuando una mujer sola o sin pareja decide llevar adelante tener un hijo apelando a las técnicas de reproducción humana asistida con material de un tercero (donante de semen). (Herrera, 2015, p.30).

Suele suceder por problemas de salud, personales, impedimentos que obstaculizan la procreación con la pareja, no pudiendo tener un hijo biológico o ante la simple voluntad de ambos puede surgir la idea de acudir a la adopción como mecanismo eficaz para poder ser padres, para lo cual se llevara adelante una serie de procedimientos que darán en caso de coincidir con el interés superior del niño, la sentencia favorable a los pretensos adoptantes, mediante la cual quedará firme el vínculo de parentesco que une a ambos.

De esta manera, se garantiza a un niño el derecho a la vida familiar y a ser educado por padres que si bien no los une un vínculo sanguíneo o por así decir la genética, hay un sentimiento más fuerte que fortalece el vínculo paterno-filial que es el amor, ser padre no es un tema ligado a la consanguinidad, culturalmente ser padre es brindar protección, cuidados básicos para que el niño puede desarrollarse en miras a ser un adulto pasible de responsabilidades apostando a su futuro. De esta manera queda conformada una familia que tiene un proyecto de vida en común, una planificación familiar respecto a cada integrante de la misma y lazos afectivos que surtirán los efectos jurídicos típicos de la adopción realizada.

Nuestro ordenamiento jurídico no es ajeno a los cambios sociales, como se podrá visualizar, en la actualidad se observan cada vez más casos en los que no necesariamente una pareja está constituida por un hombre y una mujer, sino que ambos integrantes son del mismo sexo. A medida que los cambios sociales fueron tomando forma y se hicieron cada vez más presentes, nuestro ordenamiento jurídico mediante sus respectivas disposiciones reglamentarias brinda la posibilidad de que las parejas de igual sexo puedan contraer matrimonio contando con los mismos beneficios de un matrimonio heterosexual, contando con el derecho de adoptar.

Esto marcó un antes y un después en la sociedad, colocándolos en un pie de igualdad como debe ser, fundado en los derechos humanos y brindándoles la posibilidad de formar una familia y ser portadores de educación, amor, protección sin importar su condición sexual, lo que no es influyente de ninguna manera y mucho menos perjudicial para un niño que no cuenta con su familia biológica.

Otras de las alternativas que marcan trascendencia en el medio es la paternidad- maternidad mediante las técnicas de reproducción humana asistida, donde el parentesco se da a través de la voluntad procreacional, que es el elemento volitivo, dicho vínculo quedará constituido y se considerará hijo de la persona que dio a luz y del que prestó el consentimiento previo, informado y libre.

Volviendo a lo mencionado por la autora, la monoparentalidad derivada se da en aquellos supuestos en que la familia queda a cargo de un solo adulto, ya sea que debido a motivos personales la pareja decidió no continuar con el vínculo matrimonial o unión convivencial porque se tornaba imposible seguir manteniendo un lazo que no surtía los mismos efectos que al momento de su constitución o en el peor de los casos mediar el fallecimiento de uno de los progenitores, quedando sobre el otro el cuidado personal de manera unilateral.

Como se puede observar en los párrafos anteriores se realizó una breve síntesis de la concepción de la familia y su paso a lo largo de los años, pero es de suma relevancia destacar que el derecho a tener una familia es un derecho humano reconocido por disposiciones internacionales y nacionales, de ello deriva que la convención americana sobre derechos humanos (San José de Costa Rica, 1969) considere que “ la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”⁹ y donde toda persona tiene total libertad de elegir el tipo de organización familiar que desea formar, siempre estando bajo la normativa vigente y el principio de buena fe.

La familia es un medio para el crecimiento, tiene una finalidad formadora, educadora y procreadora, debido a que en la misma durante nuestros primeros años de vida, aprendemos hábitos, costumbres, valores y obligaciones en la medida y acorde

⁹ Artículo 17 inc. 1 de la Convención americana sobre derechos humanos.

al progreso de cada uno que nos servirá para el resto de la vida, de la cual, si bien los progenitores cuentan con un compromiso jurídico hasta la mayoría de edad, pesa un deber moral sobre la misma que no tiene fin y que es la solidaridad familiar, el velar por los intereses del otro, atender a su máxima satisfacción, y evitar cualquier daño que ponga en riesgo la integridad física o psicológica de cada integrante de ella bajo apercibimiento de incurrir en las acciones legales que a su tipo correspondiese.

Al respecto el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (1966), establece que: “Se debe conceder a la familia (...) la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo...”¹⁰

Como Estado presente, democrático, republicano y de derecho existe el deber de proteger y amparar a la familia¹¹, preservando las relaciones familiares en el tiempo, asegurando el derecho de conocer sus orígenes, sus antepasados y evitar cualquier daño que atente contra su estabilidad, concertando políticas públicas para seguir fomentando su constitución y gestionando planes para su desarrollo y para trabajar sobre los diversos supuestos en los que un grupo familiar atraviesa crisis y necesita de acompañamiento especializado. Por consiguiente:

Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean responsables necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.¹²

Nuestro país, a través de la ley 26.061 establece impetuosamente que los niños tal cual como lo prescribe su artículo 11, tienen derecho a gozar de una vida familiar, a crecer- desarrollarse en su familia de origen, preservando dichas relaciones en el tiempo, para lo cual el estado y conforme a su investidura deberá garantizar su fiel cumplimiento bajo apercibimiento de incurrir en las sanciones legales, conforme a las

¹⁰ Artículo 10, Inc. 1 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (1966)

¹¹ Artículo 8, inc. 1 de la Convención sobre los derechos del niño.

¹² Artículo 3, inc. 2 de la Convención sobre los derechos del niño.

conductas violatorias de las disposiciones establecidas en nuestro ordenamiento a través de leyes de origen nacional o internacional, ya que este derecho tiene íntima vinculación con el derecho de identidad de las personas, de conocer su familia de origen y mantener contacto directo con sus progenitores:

La identidad de la persona no se agota con la información referida a los aspectos estáticos de la personalidad; incluye un conjunto de valores espirituales que definen la individualidad de cada quien. Comprende todos sus atributos y cualidades, sus pensamientos proyectados socialmente, el perfil espiritual, intelectual, político, profesional, etc. Abarca asimismo el derecho a conocer la realidad de origen –en sus vertientes genética y biológica-, la propia procedencia, y asimismo el adquirir y conservar la identidad filiatoria – que se identifica con el derecho de toda persona a ser emplazada en el estado de familia que le corresponde, sea o no conforme a ese origen biológico. (Fernández, 2015.p.3250)

El derecho a la identidad, es un derecho humano, reconocido por la simple condición de ser persona, por lo que su violación configura un delito de especial gravedad, teniendo un fuerte impacto en el ser humano, sobre todo en su personalidad y su posterior desarrollo, ya que el origen, las raíces perduran y se transmiten en el tiempo con el mismo valor, ya sea jurídico, psicológico, social, humanitario o todo lo referido a la salud.

1.7. Conclusión parcial.

Del contenido del capítulo se puede arribar a la conclusión de que el niño es considerado sujeto de derecho, postura que se comparte con la legislación conforme a que este sector de la sociedad como el resto son personas humanas, a las cuales se les debe garantizar igualdad de oportunidades, de derecho y no que caigan en un mero aprovechamiento por parte del resto de los grupos sociales, abusándose de factores como la edad- inmadurez, ya que justamente ésto se intento con el quiebre del paradigma anterior, dejando de lado la condición de objeto de derecho, ya que generaba una especie de debilitamiento, de dependencia por parte de los padres.

La función de los padres debe ser la de pleno acompañamiento en el transcurso de las circunstancias de la vida, para que estos ejerzan de manera efectiva sus derechos garantizando que siempre se estará a lo más apropiado y beneficiable para su desarrollo, lo que viene a dar especial sustento el principio del interés superior del niño, pero a la vez se tiene que tener en cuenta que esa decisión tiene que mantener cierto equilibrio con el interés familiar del grupo.

Los niños y adolescentes son plenos titulares del derecho de comunicación y de todo proceso que ponga en juego sus intereses y he aquí un punto importante como el principio de la autonomía progresiva, donde a mayor autonomía disminuye la representación de los padres y donde atendiendo a su edad- madurez será tan vinculante su opinión al respecto. Un juicio de valoración al respecto sería de hasta qué punto los niños- adolescentes actúan, emiten opiniones libre de toda influencia de los padres ya que es imposible que el niño/ adolescente que pasa gran parte de tiempo con un adulto determinado no termine naturalizando ciertos pensamientos de parte de éste último, con motivo de apelar a la conciencia y utilizarlo como elemento de disputa, jugando a su favor en los procesos de familia.

Capítulo II

Introducción al derecho de comunicación

Introducción.

En el presente capítulo se abordará el alcance del derecho de comunicación, anteriormente denominado derecho de visitas, sus antecedentes, el por qué del cambio de denominación, su implicancia, lo que comprende, atendiendo a sus diversas maneras de relacionarse, desde el trato directo hasta una comunicación indirecta y la importancia suprema que tiene la comunicación entre padre e hijo, considerando aquellos casos en los que se procede a su suspensión por revestir especial peligro para la integridad del niño, niña- adolescente.

Se dará especial tratamiento a las personas que se encuentran legitimadas para reclamar el derecho de comunicación, lo que fija un marco legal riguroso y constituye una herramienta fundamental de conocimiento estrictamente sobre quiénes se encuentran obligados a permitir- facilitar el contacto de las personas que se encuentran bajo su cuidado y quienes pueden reclamar el mantenimiento del vínculo aduciendo algunas de las causas propiciantes del mismo, como puede ser el vínculo de parentesco o interés afectivo legítimo.

2.1. Concepto del derecho de comunicación.

Los adultos que poseen un sentimiento de amor, de unidad, de atracción de manera recíproca y sincera al momento de contraer una relación afectiva o eventual, generalmente buscarán a futuro que la misma sea fuerte, armoniosa y duradera en el tiempo, con miras a poder formar una familia, generando nuevos seres que propiciarán cambios trascendentales en la vida de los mismos. Pero como toda relación humana implicará afrontar juntos problemas, buscando soluciones que en principio darán estabilidad a la pareja y a los hijos productos de ese amor.

Ahora bien, cuando la misma se presenta insostenible y lo mejor para el grupo familiar sea la separación de los progenitores porque hay un quiebre en la convivencia de los mismos que ya no podrá ser reparado, o simplemente no conviven juntos, se tendrá que priorizar a los hijos y lo más conveniente para ellos y su posterior desarrollo.

A menudo los progenitores que atraviesan una separación o ruptura en la pareja suelen pasar por diversas crisis donde generalmente utilizan a los niños como

objetos de disputa, quedando los mismos en medio, situación poco agradable de manera afectiva y psicológicamente para un niño, niña u adolescente al sentirse entre la espada y la pared, resultando envueltos en los problemas de los adultos, teniendo el mismo afecto y posibilidad de contención por parte de ambos.

Mediante el paso de estas circunstancias es fundamental resaltar que el niño conforme a su condición, considerado sujeto de derecho, tiene derecho a mantener comunicación con el progenitor no conviviente sin importar la opinión o actuar del otro progenitor que tienda a obstaculizar el vínculo o amenazarlo mediante tergiversaciones.

El padre con el cual no convive también goza del mismo derecho en post de la figura de la responsabilidad parental, el cual será de vital importancia para el pleno desarrollo integral del niño, niña- adolescente. En base a lo descripto ut-supra es de suma importancia destacar que:

En un sentido amplio, el derecho de comunicación se refiere a la posibilidad de acceder, ejercitar y obtener la ayuda y colaboración necesarias para mantener y preservar el vínculo paterno- filial con cada uno de los progenitores, con los demás parientes y con las personas que resulten familiarmente significativas. (Kemelmajer De Carlucci, Herrera y Lloveras, 2014.p. 372)

El correspondiente derecho se encuentra receptado en el Código Civil y Comercial de la Nación, entre sus disposiciones se pone especial atención a lo establecido en el art. 652, el cual contempla al mismo bajo la denominación de “Derecho y deber de comunicación” que le corresponde al progenitor no conviviente en post de que el cuidado del hijo/s en cuestión fue atribuido al otro progenitor, el cual debe facilitar y colaborar para que ambos tengan una fluida y regular comunicación.

Parte de la doctrina considera que no es preciso la terminología de “derecho de comunicación”, ya que se está en presencia de un deber de comunicación conforme a los deberes maternos y/o paternos que le corresponden a los padres por su condición de tal y por consiguiente un deber filial de los hijos de ver a sus respectivos progenitores. Pero sin embargo a éste deber se lo suele relacionar estrechamente con

la existencia de un derecho. De ésta divergencia entre deber-derecho se puede describir que:

Sobre el asunto, se afirma la existencia de un derecho subjetivo de doble manifestación o titularidad; esto es, que se verifica también un derecho del hijo a ser visitado, lo que guardaría una relación simétrica con el deber del padre de visitarlo. Se trataría de un derecho- deber jurídico de atender a la formación, corrección y vigilancia del niño; y de ahí el empleo de las palabras “derecho y deber de comunicación, en el art 652 del Cód. Civil y Comercial. (Mizrahi, 2015, p. 522 y 523)

Al referirnos a la comunicación es preciso dejar en claro que no sólo se trata de un contacto directo, físico con la persona, si bien éste es primordial y se está siempre a cada caso en concreto, puede utilizarse otro tipo de herramientas comunicacionales de carácter subsidiario que abarcan diversas variantes, donde juega un papel importante el avance y desarrollo de la tecnología, sobre todo en los tiempos de hoy, donde es posible encontrar diversos medios de comunicación como pueden ser vía telefónica, whats app, redes sociales, mensajes de texto, correo, hasta incluso retomando el medio histórico como lo es una carta, que ante la imposibilidad de mantener una relación cara a cara en un momento determinado sea por motivos que tornen imposible dicho contacto, nos permiten mantener vivo el afecto, los sentimientos humanos que nacen de todo padre e hijo con un sentido de pertenencia mutuo y por ende la necesidad de preocuparse y ocuparse del otro, por su estado emocional, físico, de salud y de los factores que pueden influir en la vida de los mismos.

Al decir de la autora Tagle de Ferreyra (2009) mediante dichos medios de comunicación lo que se busca es que ambos puedan establecer una comunicación transparente, mutua, rica en valores que influyan en la personalidad y vida tanto del padre como del hijo, reforzando y potenciando el vínculo existente entre éstas dos personas por consanguinidad.

Es por eso que el renombrado contacto permanente y directo configura un derecho humano, de carácter “...personalísimo, indelegable, inalienable, indisponible e irrenunciable; por lo que no se aplicará en ningún caso la prescripción ni la caducidad.” (Mizrahi, 2015, p.529). El mismo es personalísimo porque es un derecho

inherente a la persona que le corresponde por su condición de tal, no pudiendo cederse el derecho de comunicación que le corresponde al padre respecto del hijo y viceversa para que otra persona sea titular efectivo de tal beneficio, ni mucho menos su ejercicio pleno debe estar sujeto a plazo alguno para instar la acción correspondiente que tendrá como objeto el mismo.

2.2. Antecedentes del derecho de comunicación.

El derecho de comunicación era denominado anteriormente como “derecho de visitas”, receptado en el código de Vélez Sarsfield en el art. 264, el cual contemplaba éste derecho al progenitor que no convivía con su hijo debido al divorcio, separación personal o nulidad de matrimonio. Además fue reconocido por la ley 21.040, donde:

Fue incorporado al Código Civil recién en el año 1975 mediante el artículo 376 bis de la ley 21.040 luego de una fecunda labor de los tribunales que habían resuelto muchas pretensiones fundadas en el mantenimiento de las relaciones personales con ciertos parientes, especialmente los abuelos. (Kemelmajer, Herrera y Lloveras, 2014, p.375).

La ley 21.040 del año 1975 incorporó al Código Civil la siguiente disposición, en la cual se establecían las personas que podían ejercer éste derecho y los sujetos beneficiados:

Los padres tutores o curadores de menores e incapaces o a quienes tengan a su cuidado personas mayores de edad enfermas o imposibilitadas deberán permitir la visita de los parientes que conforme a las disposiciones del presente Capítulo, se deban recíprocamente alimentos. Si se dedujere oposición fundada en posibles perjuicios a la salud moral o física de los interesados el juez resolverá en trámite sumario lo que corresponda, estableciendo en su caso el régimen de visitas más conveniente de acuerdo a las circunstancias del caso.¹³

Como se puede observar de lo descripto ut-supra se reconocía a ciertos parientes el derecho de reclamar la comunicación cuando se viese obstaculizada. En lo que hace al progenitor no conviviente cuenta con este derecho como lo disponía el artículo 264 del código derogado ante la separación de la pareja.

¹³ Artículo 376 bis del Código Civil derogado.

Anteriormente una situación preocupante era la de preservar las relaciones entre abuelos y nietos, lo que logra equilibrar la ley 21.040 brindando la posibilidad a los abuelos de visitar a los nietos pese a que los padres se opongan, siempre y cuando no se perjudique al niño, anteriormente denominado “menor” término que hacía alusión a la condición de objeto de derecho de los mismos, destacando que “el derecho de visitas de los abuelos es una importante manifestación extrapatrimonial de las relaciones intersubjetivas nacidas del parentesco y posee una trascendencia espiritual que supera lo meramente material” (Kemelmajer, Herrera y Lloveras, 2014,p.379).

Con la ley 21.040 se logra interpretar la normativa incorporada atendiendo a que la figura y el correlativo contacto con los abuelos tienen una función altamente formativa e influyente en el desarrollo de un niño, niña- adolescente.

Otro punto importante a considerar en el artículo descripto a priori es que el derecho de visitas se limitaba a las personas que se debían recíprocamente alimentos, por lo que no se tenía en cuenta a las personas que representaban psicológicamente vínculos afectivos fuertes y de gran valor para la crianza o desarrollo de los mismos.

Además de los parientes que cuentan con el derecho subjetivo del artículo 376 bis del Código Civil, el régimen de visitas debe ser otorgado a quienes puedan invocar un interés legítimo basado en un interés familiar, por ejemplo los tíos del menor, e incluso los no parientes que, sin embargo, mantienen con éste un vínculo afectivo nacido de circunstancias respetables, como los padrinos de bautismo” (Kemelmajer, Herrera y Lloveras, 2014,p.388 y 389).

Con la reforma del código civil en el año 2014 y al entrar en vigencia el mismo, considerado desde entonces como “Código Civil y Comercial de la Nación”, se reemplaza la terminología “derecho de visitas” por el de “derecho de comunicación”, ya que este último es un término más amplio que engloba diversas variantes conforme a que “... no se trata sólo de ver periódicamente a una persona, sino de tratarla y mantener con ella relaciones afectuosas, cultivando una recíproca y sincera comunicación que consolide desde lo afectivo y emocional el lazo que ya existe por vía sanguínea...” (Tagle de Ferreyra, 2009, p.6)

El padre no conviviente como el hijo menor de edad son titulares de este derecho (ambos tienen interés), garantizando una cohesión efectiva de los vínculos

paternales o maternas para una estructuración y apoyo emocional, psíquico y psicológico del niño mediante la comunicación que no sólo involucra el contacto directo como hacía alusión el término “visitas” sino también las llamadas telefónicas, comunicaciones por escrito o no verbales, vía whats app, facebook, mensajes de texto, informes escolares, si el niño- adolescente asistiere a un establecimiento educativo, lo cual es una forma de comunicarse atendiendo a uno de los aspectos primordiales de la vida de un ser humano como lo es la educación y donde los docentes son los primeros receptores u observadores de las conductas de los niños ante el paso de estas situaciones que por lo general conllevan ciertos trastornos o alteraciones en el comportamiento.

Por ende la comunicación desde las diferentes formas que asuma no puede ser interceptada por el otro progenitor salvo situaciones de manifiesta peligrosidad o intereses en contrario al interés superior del niño que pongan en riesgo su vida.

2.3. Personas legitimadas para ejercer el derecho de comunicación.

Las personas legitimadas son aquellas personas que están en condiciones de reclamar el derecho de comunicación y que al respecto el ordenamiento jurídico las ampara estableciendo de manera clara y precisa quienes pueden apelar al mismo, basándose en el interés familiar de las personas legitimadas, ya sea por mediar vínculo sanguíneo o simplemente demostrar un interés afectivo legítimo, cuando el contacto no se diere de forma normal y el otro progenitor tienda a obstaculizar la relación mediante excusas poco casuales o simplemente para que el contacto al no convivir los sujetos que se verán beneficiados se realice de manera más rigurosa evitando cualquier perjuicio que puede suceder por no mediar acuerdo homologado sobre el pertinente régimen de comunicación, que se otorgará para materializar el derecho de comunicación y para ejercer el mismo de manera plena- efectiva. Sobre lo mencionado el Código Civil y Comercial de la nación recepta lo siguiente:

ARTICULO 555. Legitimados. Oposición. Los que tienen a su cargo el cuidado de personas menores de edad, con capacidad restringida, o enfermas o imposibilitadas, deben permitir la comunicación de éstos con sus ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado. Si se deduce

oposición fundada en posibles perjuicios a la salud mental o física de los interesados, el juez debe resolver lo que corresponda por el procedimiento más breve que prevea la ley local y establecer, en su caso, el régimen de comunicación más conveniente de acuerdo a las circunstancias.¹⁴

Del presente artículo se puede interpretar que los legitimados para ejercer el derecho se encuentran vinculados mediante la figura del parentesco, que es el “vínculo jurídico existente entre personas en razón de la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad”¹⁵, bajo el eje primordial de fortalecer el rol que cada integrante ocupa en la familia, apostando a la unión de los integrantes de la misma, a sus orígenes, a su propio derecho de identidad, a crecer-desarrollarse en un ambiente de armonía, de contención, de calidad de hogar y sobre todo de la protección que brinda la familia.

La familia, especie de caparazón construida a base de sentimientos, de seguridad y solidaridad asegurará en la medida de sus posibilidades el pleno goce y satisfacción de las necesidades materiales, espirituales, emocionales, socio-afectivas, de la que un familiar es portador.

Resulta vinculante el rol de estos factores que juegan un papel importante a la hora de considerar la relevancia que tiene para un niño poder crecer y contar con el apoyo y protección de su progenitor con el cual no convive pero se siente protegido, respaldado y del cual adquiere hábitos, valores que van moldeando de a poco su personalidad.

El CCYCN amplía la legitimación dada por el artículo 555 a otros beneficiarios, que serán aquellos que justifiquen un interés afectivo legítimo respecto del niño, niña- adolescente, persona incapaz o con capacidad restringida.¹⁶ Para éstos últimos será de aplicación la normativa estipulada en el art. 555.

¹⁴ Artículo 555 del Código Civil y Comercial de la Nación.

¹⁵ Artículo 529 del Código Civil y Comercial de la Nación.

¹⁶ Artículo 556 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Se puede interpretar que cuando se hace alusión a la familia no sólo nos referimos a los progenitores, hermanos y abuelos sino que comprende y abarca más líneas de parentesco o simplemente familiares lejanos como suelen denominarse en la vida real y aquellas personas que de algún u otro modo tienen para el niño y el desarrollo de su vida un valor significativo y trascendental, ligado al sentir de sociabilizarlo con otros miembros de la comunidad, ya que son seres con libertad de locomoción y con la necesidad latente de relacionarse.

El hombre en sí, es considerado como un ser social que necesita de dichas relaciones para generar un cambio y evolucionar de manera contigua con la comunidad, un claro ejemplo de lo antes mencionado serían los padrinos, amigos de la familia, para lo cual el legitimado activo en cuestión deberá acreditar el valor significativo- la importancia y su respectiva influencia para mantener el trato directo y regular, a eso se hace referencia cuando se menciona a priori el “interés afectivo legítimo.”

Sobre el mismo, a modo de lograr una mejor comprensión, es de suma relevancia citar un fallo donde:

La Cámara Civil, Comercial y de Garantías Penal de Zárate confirmó la resolución que no obstante admitía la acción de desplazamiento de la paternidad en razón de la inexistencia del vínculo biológico, fijó un régimen de comunicación entre el actor y la niña (que poseía parálisis cerebral), por considerarlo conveniente. Entendió que dada la existencia de un vínculo afectivo “resulta razonable interpretar- al menos en este momento- que su comunicación con la niña es algo que favorece a su crecimiento, pronta recuperación de sus afecciones y que suma a un tránsito más feliz por su infancia. (Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lloveras, 2014. p. 392)¹⁷

Dicha resolución se funda en miras al principio del interés superior del niño, teniendo en consideración que si bien uno de los sujetos intervinientes en la causa, antes considerado progenitor, pese a la impugnación correspondiente del vínculo paterno-filial, su presencia, la protección y valores positivos, que determinan factores psíquicos, emocionales brindando estabilidad a la niña, eran de suma relevancia para su crecimiento, personalidad y equilibrio, lo que la autoridad competente priorizó al

¹⁷ CCCGar.Pen. de Zárate, 8-8-2006, “P. A., G. A. c/J., D. H.”, www.abeledoperrot.com, N° 70036702

momento de dictar la resolución, obviamente teniendo en cuenta la justificación del padre desplazado y su correlativo interés, conveniencia recíproca en la vida de la que era su hija, ya que si bien legalmente el vínculo fue desplazado, personalmente subsiste el lazo de amor, de corazón, afirmando el sentimiento fraterno y consolidado que los une.

Dando lugar al derecho comparado, el Código de Familia de El Salvador, se expide en consonancia con el interés legítimo estableciendo que: “También tienen derecho de comunicación el hijo, los abuelos, los parientes y otras personas que demuestren un interés legítimo, siempre que esto no resultare perjudicial a la salud física y mental del menor”¹⁸

Por su parte el Código Civil de España también contempla éste supuesto en el artículo 160, que al igual que las disposiciones de nuestro país recepta la normativa por la cual no se puede obstaculizar el vínculo del niño con sus respectivos familiares y seres que demuestren manifiesta intención de seguir manteniendo el contacto siempre y cuando no sea perjudicial para éste último, tanto física, moral, emocional como psicológicamente.

Es menester destacar, a fin de realizar en el presente párrafo una síntesis y estando al tema planteado en el trabajo de investigación, que es el derecho de comunicación que existe entre el niño, niña- adolescente y el progenitor no conviviente, que cuando medie conflicto entre el padre que convive con el niño y el progenitor con el que no convive, gozará de éste derecho, a fin de que se encuentra legitimado para instar la acción que corresponda con el objeto de mantener viva la relación afectiva que los une. Viéndose obligado el otro progenitor a prestar el debido deber de colaboración para facilitar el contacto y donde el juez deberá establecer el régimen más conveniente a la máxima satisfacción integral del niño, niña u adolescente.

2.4. Suspensión del derecho de comunicación.

El derecho de comunicación, de carácter subjetivo, personalísimo y esencial tanto para el padre o madre en cuestión como para el niño, niña- adolescente, se debe colocar en primer plano, ya que es fundamental que el niño tenga contacto directo o

¹⁸ Artículo 217, 3º párrafo del Código de familia de El Salvador.

indirecto a través de las diferentes formas de comunicación con sus progenitores, brindando el Estado la plena certeza mediante sus resoluciones e implementando políticas públicas para fomentar y dar seguridad a la estabilidad y revinculación familiar.

Ahora bien, como se puede observar en la normativa vigente, se establece de manera clara y precisa que este derecho podrá ser reclamado por los legitimados pertinentes, establecidos en el artículo 555 y 556 del CCYCN, salvo que los mismos provocarán manifiesto perjuicio a la salud tanto física como mental del niño y no pudiese ser subsanado con otra medida, debido a la peligrosidad en la que puede estar inmerso.

La suspensión se debe dar de manera excepcional y cuando se encuentre relacionada a una causa en particular que revista cierta gravedad que derive en una privación temporal de la comunicación ya que se puso en peligro la vida, integridad y salud del niño cuando hay indicadores de agresividad, de violencia significativos encontrándose el mismo en peligro, situaciones de riesgos que ponen en juego su vida.

Procede cuando “...se pruebe que el progenitor no conviviente ha tenido una conducta grave, irregular, inmoral o delictiva contra sus hijos; lo que tornaría insostenible –al menos por el momento- la continuación de la relación” (Mizrahi, 2015, p.604)

Se dispone la suspensión mediante orden judicial siempre y cuando el perjuicio que le ocasione tal resolución al niño, pese a privarlo del lazo afectivo con el progenitor o la persona que manifieste el deseo de mantener el contacto, sea menor que el perjuicio que le ocasionen las conductas desplegadas en la cotidianidad con el progenitor no conviviente.

Debe mediar prueba suficiente que acredite que el contacto con el progenitor que fue privado del derecho de comunicación provoca en su hijo graves alteraciones, psíquica- psicológicas que pueden llegar hasta poner en peligro su integridad física, conforme a que la simple oposición no es prueba suficiente para que proceda la suspensión.

Las mentadas medidas extremas de suspensión de los contactos requieren, para su viabilidad, que se colecten en los expedientes terminantes y concretos elementos que, por su condición de definitorios, descarten la eventualidad de continuar sosteniendo la

relación. De lo contrario, insistimos, la resolución judicial no debería ir más allá que la designación de un trabajador social que controle cómo se desenvuelven los vínculos; difiriendo así para una etapa posterior la decisión definitiva; nombramiento que ha de tener lugar sólo si hay razones que lo justifiquen (no por meras denuncias infundadas) (Mizrahi, 2015, p.634).

Es importante considerar el derecho del niño a ser oído¹⁹ y poner especial énfasis en su discurso, ya que no es fundamento suficiente para que proceda la suspensión, la sola justificación basada en el simple motivo de que no desea tener contacto con el padre-madre, ya que generalmente se suele dar el fenómeno de la resistencia filial, donde el hijo se niega a mantener contacto con uno de sus padres al verse influenciado por el progenitor con el que convive, utilizando el progenitor conviviente herramientas que pretenden colocar al niño en una postura opuesta y con total negación a mantener el vínculo paterno filial.

Por lo que se debe considerar la opinión del niño, con especial observación a la evaluación de dos precisiones:

Una, que es indispensable decodificar su discurso, pues no en todos los supuestos el tenor de las palabras se corresponde con su verdadero deseo; y la otra, es que la opinión vertida tiene necesariamente que coordinarse con su verdadero interés, a mérito que no pocas veces la voluntad expresada por el hijo está compuesta por el “mal querer” del progenitor que tiene el cuidado personal. Son los supuestos en que el niño no tiene un discurso genuino, sino que transmite el propio de la madre o el padre. (Mizrahi, 2015, p.607)

Atendiendo a lo citado ut- supra se debe analizar por qué el niño se niega a mantener vínculo con el progenitor y en caso de que ese rechazo o resistencia continua sea inducida, se deberá someter al mismo a un tratamiento terapéutico para trabajar sobre los factores obstaculizadores que la provocaron.

Independientemente de lo mencionado y volviendo al eje principal de la temática planteada en el respectivo punto, es dable destacar que el juez evalúa y analiza los efectos de la conducta desplegada por el progenitor y su reiterado

¹⁹ Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

incumplimiento y sí es viable respecto a las causas que persisten, que se mantenga la relación o se suspenda de manera temporal.

Una de las causales que pueden originar la suspensión es la orden de prohibición de acercamiento por una causa de violencia familiar ya que la misma:

Suele ser una medida complementaria que acompaña a la suspensión del régimen de contacto materno o paterno-filial (ante ciertas situaciones que se presentan); y persigue el objetivo de asegurar la mentada suspensión. Su finalidad, entonces, es evitar que el padre o la madre –privado del contacto- logre burlar la orden judicial acudiendo a subterfugios; tales como serían esperar a sus hijos a la salida de su domicilio, en el ingreso o egreso del establecimiento escolar; en alguno de los lugares habituales a donde aquéllos concurren: etcétera (Mizrahi, 2015, p.6189)

En este tipo de casos en los que el padre ejerce violencia contra la madre, se puede establecer un régimen de comunicación asistido para el que deberá intervenir una Trabajadora Social, donde los encuentros serán presenciados por ella, otorgando la misma plena garantía y siendo el nexo entre ambos. Si dicho régimen fracasará porque uno de los progenitores sigue demostrando ser un sujeto violento, volviendo a colocar a la víctima y a los niños en presuntas situaciones de riesgos, o simplemente porque las causales que persisten lo tornan inadecuado o propenso a ser flexible, perjudicial para el bienestar físico y psicológico del niño, debido a que el acontecimiento de este tipo de situaciones provocan traumas difícilmente de superar y más si son víctimas de dicho maltrato, por lo que dada la decisión del juez se procederá a la suspensión.

Cuando un hijo es víctima de abuso sexual por parte de uno de los progenitores, se procede en sede penal a realizarse la correspondiente denuncia para que el susodicho resulte imputado y mientras tanto en sede civil se dicta la pertinente prohibición de acercamiento. Una posible revinculación sería atentar contra su integridad psíquica, emocional, y física por lo que se suspende todo tipo de comunicación que tiene el niño con el padre, ya que ocasionaría un hecho traumatizante para el mismo cada vez que toma contacto con su padre y vuelve a revictimizarse sobre el delito cometido y su correlativo agravante, ya que cuando se está en presencia de este delito prácticamente el vínculo es irrecuperable.

Otro de los supuestos en los que es viable la suspensión se daría en donde uno de los progenitores se encuentra privado de la libertad, cuando el contacto reviste un mal estar grave y dañino para la personalidad del niño, niña u adolescente. Para lo cual se deberá comunicar al niño las decisiones que se adopten y las razones de esa resolución ya que ellos tienen el derecho a ser informados sobre las decisiones que de una u otra manera modifican su plan de vida.

2.5. Conclusión parcial.

La valoración del presente capítulo respecto al cambio de denominación de derecho de visitas por el de comunicación es positiva a favor de la legislación, ya que la terminología de visitas se refiere sólo al mero contacto físico y el término comunicación abarca los distintos tipos ya sea directa, es decir el encuentro físico propiciado entre padre e hijo como también las llamadas telefónicas, utilización de otros medios masivos que resulten vitales sobre todo cuando entre los interesados media una distancia considerable, lo que significó un gran avance ya que se amplió el alcance del derecho de comunicación.

Ahora bien, considerando las personas que se encuentran en condiciones de reclamar el mencionado derecho, por más que la ley sea clara, escapa a la normativa los problemas que se plantean cuando el progenitor no conviviente va a retirar al niño de su domicilio y las consecuencias que la situación le produce al mismo, sumamente angustiante, engorroso y desestabilizante.

Si bien el término de comunicación es amplio conceptualmente contempla diversos campos, pudiendo ser utilizado el mismo con efecto contraproducente, realizando abusos de llamadas por parte del progenitor conviviente al que tiene el régimen, o situaciones en que en el padre que convive desea comunicarse por teléfono para saber cómo se encuentra el niño y el otro progenitor no responde, sobre todo a temprana edad y donde justamente la legislación no contempla éste tipo de situaciones, siendo las mismas altamente probables y merecedoras de tratamiento no de manera general sino específicamente.

Capítulo III

Regulación normativa

Introducción.

El derecho de comunicación se encuentra receptado en diversos cuerpos normativos, de origen nacional e internacional que regulan el contenido del mismo, entre los cuales se destacan: el CCYCN, la ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes y la Convención sobre los derechos del niño, ésta legislación específica responde al interrogante de cuál es el marco legal protectorio que ampara el derecho de comunicación y al cual hay q estar cuando se atraviesa por una separación, o simplemente no convivencia mediando hijos de por medio, o también el caso en que se busque mantener el vínculo con un familiar externo, lo que será de especial tratamiento en el presente capítulo.

La normativa delimita estrictamente quiénes son titulares del derecho, regula su alcance en las diversas facetas y estipula claramente cómo debe actuar el progenitor conviviente, considerando que de no cumplir con lo dispuesto se aplicará sanciones de origen civil y penal, las cuales serán tratadas en el último capítulo del trabajo.

3.1. Código Civil y Comercial de la Nación.

3.1.1. Artículo 555.

El derecho de comunicación del que goza tanto el niño como el padre no conviviente, en caso de separación de la pareja o simplemente cuando no convivan, se encuentra receptado en el art. 555 del CCYCN (Libro segundo- “ Relaciones de Familia”- Título IV “Parentesco”- Capítulo dos “ Deberes y derechos de los parientes”- sección dos “Derecho de Comunicación”), el cual regula de manera específica y contundente las personas que se encuentran legitimadas para reclamar el correspondiente derecho, teniendo en miras el interés superior del niño, principio rector en los procesos de familia con la excepción de que el mantenimiento regular y continuo de la relación entre ambos perjudique de manera grave y significativa al niño y a su desarrollo en el contexto social en el que se encuentra inmerso. Al respecto el articulado establece que:

Los que tienen a su cargo el cuidado de personas menores edad, con capacidad restringida, o enfermas o imposibilitadas, deben permitir la

comunicación de éstos con sus ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado. Si se deduce oposición fundada en posibles perjuicios a la salud mental o física de los interesados, el juez debe resolver lo que corresponda por el procedimiento más breve que prevea la ley local y establecer, en su caso, el régimen de comunicación más conveniente de acuerdo a las circunstancias.²⁰

Se debe garantizar al niño, niña o adolescente la posibilidad de mantener contacto con el progenitor no conviviente, lo que tiene un alto valor formativo y psicológico e influyente en la personalidad de los hijos, que será de vital importancia debido a la función que cumple el padre-madre, que es brindar protección desde lo material en la medida de sus posibilidades, espiritual, en el sentido de amparar desde lo afectivo, conteniéndolo en las diferentes etapas por la que atraviesa una persona menor de dieciocho años.

Si bien el tema de investigación del presente apartado se relaciona al derecho de comunicación del que el hijo y el padre no conviviente son titulares efectivos del mismo, como lo estipula el art. 555, pueden reclamar con el fin de preservar las relaciones familiares los ascendientes, descendientes, hermanos unilaterales o bilaterales, parientes por afinidad en primer grado y los que acrediten un interés afectivo legítimo con el niño.

Cuando el articulado hace referencia a los ascendientes, se considera como tal a los abuelos maternos o paternos de una u otra rama familiar, los cuales gozan del derecho de comunicación con sus nietos, salvo excepciones de extrema gravedad o significancia como podría ser el ejemplo de que los mismos representen una figura conflictiva para el desarrollo o bienestar del niño, atentando contra su equilibrio psicosocial. Idéntica interpretación se tiene en cuenta en el caso de otros familiares, conocidos o figuras afectivas que demuestren ser vitales para el desenvolvimiento en el ámbito afectivo, demostrando fehacientemente que la relación pretendida resulta conveniente y significativa en la vida del niño, sería el caso de los padrinos, que sin

²⁰ Artículo 555 del Código Civil y Comercial de la Nación.

estar unidos por el vínculo de parentesco, su contacto continuo conlleva un alto valor emocional para el crecimiento y crianza del mismo.

Una vez asignado el régimen de comunicación entre los pretendidos beneficiados, se deberá cumplir de manera rigurosa con la observación de que: “el juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado del régimen de comunicación establecido por sentencia o convenio homologado medidas razonables para asegurar su eficacia.”²¹

La actuación del juez no sólo se remite a lo descrito en el párrafo anterior, sino que el mismo bajo la sana crítica racional, se basa en la valoración de las pruebas, como pueden ser declaraciones testimoniales, horarios laborales de los padres, diagnósticos psicosociales, actividades del niño y su respectiva opinión, sustentada en el derecho a ser oído,

El juez tomando en consideración todos estos aspectos debe determinar la metodología- frecuencia y lugar donde puede ser llevado a cabo el régimen de comunicación. Así entonces puede considerarse un espacio público, la vivienda donde tiene domicilio el niño, vivienda de algún familiar, tratando de que el niño se sienta lo más cómodo posible, no alterando sus actividades diarias o su cotidianidad, buscando un ambiente cálido, propicio que favorezca el fin que se persigue, que es la comunicación con los familiares, resguardando la intimidad familiar.

También según las circunstancias, el juez podrá determinar ab initio que en los procesos de comunicación intervenga una trabajadora social a fin de garantizar el derecho del niño y que el contacto se efectivice tal cual lo establecido sin estar viciado por algún obstáculo.

Por último y con carácter relevante debe traerse a colación lo expresado por Bueres en el art. 555 del Código Civil y Comercial comentado respecto a los legitimados del derecho de comunicación, donde manifiesta que: “ tampoco se los determina por la existencia de la obligación alimentaria sino que se menciona específicamente los parientes que gozan de este derecho.” (Bueres, 2014, p.395)

²¹ Artículo 557 del Código Civil y Comercial de la Nación.

3.1.2. Artículo 646.

El artículo regula el derecho de comunicación visto desde un aspecto en el que el mismo es considerado como un deber del progenitor que convive con el niño o adolescente de facilitar en lo que a él atañe el contacto con los demás parientes, supuesto que se vincula al derecho de identidad que tienen los hijos, tomando conocimiento de sus orígenes, de su estirpe.

Es relevante traer a colación lo citado textualmente en el artículo, por lo que los progenitores deberán: “respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo.”²²

Los progenitores tienen la obligación de respetar el derecho del niño a mantener comunicación con los parientes o referentes afectivos, de vital importancia para el desarrollo de la personalidad de los niños, lo que da especial sustento como se menciona ut supra al derecho de identidad, considerando a la familia como la base o cimiento de una sociedad en la que el hombre es protagonista principal de los cambios y su posterior evolución.

Sin embargo, esta obligación que tienen los padres de facilitar el contacto, también lleva implícita una doble responsabilidad, una de ella es respetar el derecho del niño a mantener comunicación con los legitimados del art 555 del CCYCN y viceversa y la opinión emitida por los niños mediante su deseo de mantener relación con sus parientes, la otra como lo es la función que tienen de orientar a los niños sobre los lazos afectivos con el fin de preservarlos de situaciones que puedan dañarlos por posibles condicionamientos personales, sociales, que provoquen un efecto negativo cada vez que se lleva a cabo la relación con determinadas personas., ya que el rol de un padre se ajusta a velar por los intereses del hijo, y que su desarrollo se encuentre libre de todo efecto negativo que pueda llevar consigo algún trauma psicológico o alteración en su comportamiento.

En este caso en que los padres no puedan acordar con que familiares el niño va a relacionarse o no, es importante destacar que en una situación extrema el juez puede

²² Artículo 646, inc. “e” del Código Civil y Comercial de la Nación.

decidir valorando las distintas situaciones al respecto teniendo como parámetro el principio del interés superior del niño.

3.1.3. Artículo 652.

En el capítulo IV del CCYCN “Deberes y derechos sobre el cuidado de los hijos” se hace expresa mención a que: “En el supuesto de cuidado atribuido a uno de los progenitores, el otro tiene el derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo.”²³, formando parte con voz y voto en las decisiones que involucren a éste último, revistiendo el carácter de trascendentales, como puede ser la educación que se le pretende dar, el seguimiento del desarrollo escolar, religión, áreas interdisciplinarias para lo cual se puedan potenciar capacidades tanto motriz, como intelectual que generen un aporte cultural y saludable, considerándose entre estas actividades deportivas, vínculos sociales que el niño establezca en su ámbito de residencia entre otras.

Independientemente de la modalidad de cuidado personal adoptada por los progenitores respecto a su hijo, ya sea unilateral o compartida y dentro de éste último en forma alternada o indistinta tal cual lo establece la normativa vigente en el CCYCN, ya sea que el niño conviva con uno u otro progenitor, los adultos deben facilitar la comunicación del hijo con el padre no conviviente.

En caso de que los padres no lleguen a un acuerdo sobre el cuidado personal, atento a que esta figura se ve ligada a la del régimen de comunicación, el juez decidirá al respecto tomando intervención sobre el régimen de comunicación atento a que el padre que convive con el hijo tiene el deber y obligación según el artículo en análisis de facilitar la comunicación con el padre no conviviente, bajo apercibimiento de que aquel adulto que incumple u obstaculiza el contacto entre ambos será pasible de sanciones legales, que posteriormente se explicarán con mayor profundidad.

²³ Artículo 652 del Código Civil y Comercial de la Nación.

3.2. Ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

3.2.1. Artículo 11.

La ley 26.061 fue sancionada el 28 de septiembre del año 2005, teniendo como fin la protección de los derechos de un sector determinado de la sociedad como lo es “niñez y adolescencia”, con miras a la promoción de sus derechos con sus correlativos mecanismos de defensa y las instituciones que trabajan en la materia ya sea desde lo jurídico o administrativo, marcando la competencia- funciones a las que se deben sujetar.

En la provincia de Mendoza, una de las instituciones que por orden nacional se deben establecer, es el Consejo Provincial de Niñez, a cargo del Sr. Armando Aracena- Técnico en Minoridad y Familia, que deberá ajustarse a lo establecido por el nacional y más específicamente en el departamento de Tunuyán- Mendoza, se creó un Consejo Departamental de Niñez articulado con el Área de Niñez, Adolescencia y Familia de la Municipalidad del Departamento descripto con anterioridad, en el que el primer miércoles de cada mes se reúnen autoridades de los diferentes organismos que abordan la temática de niñez y adolescencia, entre ellos el Órgano Administrativo Local, Infante Juvenil, entre otros.

Dicha ley se ajusta a las disposiciones establecidas por la Convención de los Derechos del Niño, adoptando desde su creación la postura de considerar al niño como sujeto de derecho, lo que años después es recepcionado por el articulado del CCYCN y en base a tal postura, entre sus disposiciones detalla que: “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida privada e intimidad de y en la vida familiar”.²⁴

Es un derecho personalísimo, indelegable e irrenunciable del que no puede ser privado el niño, ni sometido a algún tipo de arbitrariedad que generen factores condicionantes de carácter abusivo por el progenitor que tiene el cuidado de los hijos. El niño tiene derecho a gozar de una vida familiar, ya sea de origen o adoptiva, otorgando los cuidados que se merece y siendo responsable la misma por los daños

²⁴ Artículo 10 de la Ley 26.061

que le ocasionen, manteniendo un equilibrio entre el interés familiar y el interés superior del mismo.

El derecho a gozar de una vida familiar se relaciona íntimamente con el derecho a la identidad, lo que proporciona un factor determinante para el desarrollo de la personalidad del niño, que tiene derecho a conocer sus orígenes, sus antepasados bajo apercibimiento de incurrir en las sanciones que correspondiesen por la vulneración de este derecho humano o su simple amenaza.

El derecho a la identidad tiene su recepción en el art. 11 de la ley 26.061 donde se hace alusión a la preservación de las relaciones familiares, característica relevante, lo cual exactamente se pretende buscar con el derecho de comunicación. Además el presente artículo establece que:

Los organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar. Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley.²⁵

3.3. Convención sobre los derechos del niño.

3.3.1. Artículo 9.

La Convención sobre los derechos del niño es un instrumento de carácter internacional, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre del año 1989, sancionada en el año 1990, a través del art 75, inc. 22 de la Constitución Nacional de nuestro país se le otorga jerarquía constitucional.

²⁵ Artículo 11, 2° párrafo de la Ley 26.061

El presente cuerpo normativo refleja en sus disposiciones reglamentarias un arduo trabajo sobre la promoción y protección de los derechos de los niños u adolescentes, de manera innovadora y anticipada a nuestro CCYCN, ya que la Convención consideraba de antemano al niño como sujeto de derecho dejando de lado el viejo paradigma que sólo generó debilitamiento respecto a este sector de la sociedad.

Conforme a dicha condición de sujeto de derecho, la Convención los reviste de tal manera al otorgarle derechos para garantizar de manera transparente y estable el desarrollo de los mismos, un claro ejemplo de ello, es el derecho del niño a ser oído, a contar con patrocinio letrado y considerar al mismo tan titular del derecho de reclamar la comunicación con el fin de preservar las relaciones, como el progenitor no conviviente.

Los Estados partes deberán implementar políticas gubernamentales, legislativas con el propósito de garantizar el cumplimiento de manera rigurosa sobre los derechos establecidos, siendo de suma importancia destacar que en caso de duda se deberá a estar a lo dispuesto por la Constitución conforme al orden de prelación de la leyes.

De tal manera:“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.”²⁶, priorizando su centro de vida y el contacto tanto con uno como con el otro progenitor, salvo que por situaciones sumamente graves pongan en riesgo la integridad de los hijos, si fuere así, se decidirá de manera excepcional la separación del niño del hogar. A modo de ejemplo se podría citar el típico caso en que sean víctimas de maltrato por partes de ambos progenitores, dicha medida se toma una vez agotadas previamente todas las medidas de protección, ya que se debe priorizar las relaciones familiares prima facie.

²⁶ Art 9, Inc. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

3.4. Conclusión parcial.

En materia de derecho de comunicación el nuevo CCYCN resulta novedoso en cuanto a las modificaciones a partir de la sanción del mismo, lo que sin dudas éste cuerpo normativo comienza a transitar a lo largo de los cambios sociales, ejemplo de ello es reconocer plena legitimación para que los niños puedan reclamar el pertinente derecho conforme a su condición de sujeto titular de derecho, y en relación a éste último, dejando por sentado de manera firme en dicha conclusión, que el CCYCN viene a adherir a lo que con anterioridad ya contemplaba la ley nacional 26.061 y la normativa internacional, en adelante Convención sobre los derechos del niño, donde la presente condición ya era reconocida, estableciendo como derecho absoluto de los niños mantener trato regular con sus padres y la influencia en el desarrollo de la personalidad que tiene crecer en un ambiente familiar.

Un punto importante es la ampliación que brinda el CCYCN sobre las personas legitimadas para reclamar el derecho justificando un interés afectivo, lo que es de vital importancia para aquellas personas que no las une un vínculo de parentesco pero su deseo de mantener relación lleva implícito un valor afectuoso-emocional que influye positivamente en la vida del niño y con el cual se ha logrado un vínculo firme, donde intentar ir en contra del mismo sería perjudicial psíquicamente para ambos. Ésta ampliación, antes no contemplada, brinda una posibilidad de preservar relaciones donde el sentimiento de sinceridad, amor, cariño, basado en la buena fe tiene similar valor que un vínculo de sangre, que a lo mejor podría remitirse en ciertos casos sólo a eso y no a lo que importa realmente que es que ambos titulares de derecho demuestren la necesidad de contenerse mutuamente más allá de los requisitos establecidos por ley.

Capítulo IV

Responsabilidad parental

Introducción.

El respectivo apartado pretende analizar concretamente la figura de la responsabilidad parental, anteriormente denominada patria potestad, condición que da plena titularidad para ejercer el derecho de comunicación de los padres, respecto a sus hijos, conforme a que la misma radica en el conjunto de deberes y derechos que tienen los padres respecto a los mismos y por ende estos tendrían el deber y derecho de mantener contacto con ellos, como así también de preservar las relaciones familiares en el tiempo, dando especial sustento al derecho a la identidad, a conocer y fortalecer sus orígenes.

De la responsabilidad parental derivan otras figuras que serán tratadas como el cuidado personal, plan de parentalidad, conforme a que cuando los padres no conviven de manera conjunta, se regirán por las reglas atinentes al cuidado personal del hijo y en lo que hace al plan de parentalidad, que es una propuesta elaborada con el fin de una mera organización, que tendrá como uno de los puntos, los días en que el niño pasa con cada progenitor, días festivos, vacaciones y todo lo atinente al régimen de comunicación, teniendo como objetivo prima- facie facilitar el contacto de modo que se produzca sin ninguna interrupción.

Es de suma relevancia que sean tratadas en el trabajo, ya que en base al problema y al objetivo planteado, responden a factores claves que determinarán el marco legal a seguir en lo que atañe al derecho de comunicación, de doble titularidad, en lo que hace a los padres por la responsabilidad parental que les corresponde y respecto a los hijos por su condición de sujeto de derecho.

4.1. Concepto y alcance de la responsabilidad parental.

La responsabilidad parental, instituto denominado así a partir de la sanción del CCYCN, se la conocía anteriormente como patria potestad, éste último término hacía alusión al poder que tenían los padres sobre los hijos. La misma era conceptualizada como el “conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las

personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”²⁷

A partir de esto se puede observar que el término patria potestad implica poder, idealización de una familia bajo el modelo patriarcal, dominio, autoridad que los padres tenían respecto a sus hijos, lo que ponía al niño, niña- adolescente bajo el supuesto de considerarlo un sujeto pasivo de la relación paterno-filial, guardando estrecha vinculación con el carácter de considerar a los mismos como objetos de derecho.

En base a lo mencionado a priori y a raíz de la evolución social de la humanidad y de la sanción del nuevo CCYCN que adhiere a la postura antes adoptada por la Convención sobre los derechos del niño, como lo es la de considerarlos sujetos de derecho, revestidos de manera absoluta de un rol protagónico y activo en la relación que involucren sus intereses y atendiendo a los distintos factores que se contradicen con la anterior denominación y todo lo que implica tanto su interpretación literal como jurídicamente, desde el efecto de debilitamiento y dependencia por parte de los niños respecto a sus padres, el término patria potestad fue reemplazado por el de “responsabilidad parental”.

La responsabilidad parental “es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”²⁸. Con esta denominación se logra un modelo de coparentalidad, revistiendo a ambos progenitores de iguales facultades, deberes, derechos sobre sus hijos que tienden a satisfacer el interés superior del niño en los distintos ámbitos de desarrollo, educación, salud y todo lo relativo a su crianza, consagrando de esta manera un lazo más eficaz entre padre e hijo y ajustándose ésta concepción a un cambio paradigmático en la forma de tratar al niño.

Es de especial relevancia diferenciar entre dos conceptos, como lo son la autoridad y la responsabilidad, conforme a que “mientras la autoridad se conecta con

²⁷ Artículo 264 del Código Civil derogado de Vélez Sarfield

²⁸ Artículo 638 del Código Civil y Comercial de la Nación.

el poder, la responsabilidad- palabra que aparece como la más adecuada- es inherente al deber.”(Mizrahi, 2015, p. 239). El deber busca orientar al niño en su vida, en beneficio a la máxima satisfacción de los derechos, bajo el principio de la autonomía progresiva de los niños, lo que acorde a la capacidad, madurez que va en orden gradual tendría distintos efectos a la hora de escuchar y respetar la opinión de los mismos en los procesos donde estuvieran involucrados, punto que es considerado uno de los principios de la responsabilidad parental, como se detalla a continuación:

- a. El interés superior del niño;
- b. La autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos;
- c. El derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez.²⁹

Respecto al artículo citado, en especial el inc. “b” relacionado a la autonomía progresiva, la autora María Victoria Pellegrini refiere que:

A medida que los niños adquieren mayores competencias aumenta su capacidad de asumir responsabilidades, disminuyendo consecuentemente la necesidad de orientación y dirección de sus padres, contenido y finalidad de la responsabilidad parental. Una consecuencia de ello es el fenómeno denominado “democratización” de las relaciones familiares, más acentuado justamente en el ámbito de las relaciones filiales.³⁰

También una de las figuras derivadas de la responsabilidad parental es la titularidad- su respectivo ejercicio y el cuidado personal que será tratado en el siguiente punto. A la hora de hablar de la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental, es necesario diferenciar uno del otro, por lo que la titularidad es un:

²⁹ Artículo 639 del Código Civil y Comercial de la Nación.

³⁰ Art. 638 del Código Civil y Comercial de la Nación Comentado por Herrera Marisa, Caramelo Gustavo y Picasso Sebastián. Infojus, p. 480

Conjunto de deberes y funciones (...) que la ley reconoce a ambos progenitores por su condición de tales. Ahora bien, esta titularidad puede estar acompañada o no del ejercicio de la responsabilidad parental, el que supone la facultad de actuar concretamente; o sea, una suerte de puesta en práctica de aquellos deberes y funciones. (Mizrahi 2015, p. 244)

Es importante comprender el significado de la figura de la responsabilidad parental, ya que es la llave que conduce a los progenitores para poder reclamar el derecho de comunicación que les atañe cuando no mediare convivencia entre ambos padres, ajustándose a los deberes-responsabilidades que tienen a la hora de facilitar el vínculo del niño con el padre no conviviente, buscando un equilibrio psíquico-espiritual para el mismo a pesar de las circunstancias por las que está atravesando.

Una de las figuras que va por lo general de la mano con la titularidad es el ejercicio de la responsabilidad parental, siendo en principio compartido, indistintamente del origen de los hijos, sea dentro o fuera del matrimonio, salvo supuestos de excepción que revistan especial gravedad para la integridad de los niños.

El ejercicio, que es llevar a la práctica la materialización de los derechos, obligaciones, funciones, responsabilidades acerca del cuidado de los niños puede ser delegado a un familiar, debiendo mediar un acuerdo con la persona que decida aceptar la delegación y seguidamente se proceda a su homologación teniendo en cuenta el bienestar tanto físico como psicológico de los niños, la posibilidad de ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta. A modo de ejemplo se podría llegar a delegar el ejercicio en los supuestos de padecimiento de enfermedades, viajes, etc, pero no olvidando que pese a las circunstancias- contexto que motivaron a la delegación “los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho de supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades.”³¹

Los progenitores pueden ser privados de la responsabilidad parental de manera excepcional, cuando demuestren excesiva peligrosidad para con sus hijos y se ponga en juego la salud, la integridad y la vida de ellos, ya sea por:

³¹ Artículo 643 del Código Civil y Comercial de la Nación.

a) Ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes del hijo de que se trata; b) abandono del hijo, dejándolo en un total estado de desprotección, aun cuando quede bajo el cuidado del otro progenitor o la guarda de un tercero; c) poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo; d) haberse declarado el estado de adoptabilidad del hijo. (Herrera 2015, p.677).

Por último y no menos importante la titularidad de la responsabilidad parental que les corresponde a los padres, por la simple condición de ser tales puede extinguirse de pleno derecho haciendo cesar de lleno todos los derechos del que en un principio se encontraban revestidos, acorde a los siguientes factores como pueden ser: que los niños alcancen la mayoría de edad o se dé el fallecimiento de uno de los progenitores, entre otros.

4.2. Cuidado personal.

El cuidado personal es una figura derivada de la responsabilidad parental, incorporada a partir de la sanción del nuevo CCYCN, denominándose como “los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo”³²

Anteriormente, el término equivalente a cuidado personal era lo que se conocía como “tenencia”, regulada en el artículo 264 del Código Civil de Vélez Sarsfield, donde era ostentada por uno de los padres, con el cual el hijo convivía y el otro tenía derecho a mantener un adecuado régimen de visitas, denominado en la actualidad, régimen de comunicación.

A diferencia de lo que establecía el anterior Código Civil, como se resaltó en el párrafo anterior, donde ante el supuesto de no convivencia entre padres, la tenencia era atribuida a sólo uno de ellos, en el nuevo CCYCN, se regula que el cuidado puede ser atribuido a ambos progenitores en principio o de manera unilateral, según el juez estime la resolución más favorable para la integridad personal del niño.³³

³² Artículo 648 del Código Civil y Comercial de la Nación.

³³ Artículo 649 del Código Civil y Comercial de la Nación.

La figura a tratar se clasifica en cuidado personal unilateral y cuidado personal compartido, éste último se subdivide en dos modalidades, indistinto o alternado.

En el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado.³⁴

Un claro ejemplo de cuidado personal alternado sería el caso de aquel niño que vive una semana con un padre, la siguiente con el otro, un periodo de vacaciones con cada uno y así rotativamente, considerando un factor clave para la determinación de esta modalidad como lo es el período de tiempo que el niño pasa con uno u otro progenitor de manera igualitaria, por lo que “...en cuanto a los tiempos de permanencia con uno u otro, el mecanismo deberá tener cierto equilibrio, pues si claramente el niño se halla el mayor tiempo con un padre, el régimen no será “alternado” sino “indistinto”. (Mizrahi, 2015, p.371)

Sobre el cuidado personal compartido con modalidad indistinta, es importante destacar en principio que constituye la regla por excelencia en el derecho de familia, llegando al mismo por acuerdo de voluntades de los progenitores, solicitado por uno o dictado de oficio por el juez, que prioriza esta modalidad, con sustento legal en el artículo 651 del CCYCN, salvo que ésta decisión sea perjudicial para el niño.

En el cuidado personal compartido el niño tiene su asiento principal en el domicilio de uno de los progenitores pero ambos deciden sobre las cuestiones de vida del mismo de manera conjunta. A fin de esclarecer el contenido y especificación de la modalidad indistinta, es menester destacar el siguiente detalle:

El juez establecerá (u homologará), en principio, un régimen de cuidado personal en el que, por un lado, existirá un progenitor que será el cuidador continuo, ya que el hijo permanecerá con éste el tiempo principal, de manera que ejercerá entonces el cuidado personal principal del hijo. Por el otro, tendrá lugar la figura de un progenitor

³⁴ Artículo 650 del Código Civil y Comercial de la Nación.

cuidador discontinuo, pues el hijo se hallará junto a él solo en el denominado tiempo secundario; de forma tal que asumirá el cuidado personal secundario del niño. Esta regla general a aplicar se denomina en el Código Civil y Comercial “cuidado personal compartido con la modalidad indistinta (Mizrahi 2015, p.371)

El cuidado personal unilateral asumido por un sólo progenitor, puede ser convenido de mutuo acuerdo o en su defecto ser otorgado por el juez excepcionalmente, ya que el indistinto como se describió en los apartados anteriores es la regla. Deberá estarse a lo receptado por el CCYCN sobre esta modalidad:

En el supuesto excepcional en el que el cuidado personal del hijo deba ser unipersonal, el juez debe ponderar:

- a. la prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro;
- b. la edad del hijo;
- c. la opinión del hijo;
- d. el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo.³⁵

Por lo tanto el progenitor que no tiene el cuidado personal de su hijo sigue manteniendo pese a tal circunstancia, el derecho de conservar una adecuada comunicación con el mismo, además de que deberá colaborar con el progenitor conviviente en las cuestiones que involucre el interés superior del niño y éste último con el primero en lo relativo a facilitar el encuentro entre ambos, preservando dicha relación y el derecho a la identidad del hijo, fruto de la relación entre los padres.

4.3. Plan de parentalidad.

El plan de parentalidad es una propuesta que tiene lugar cuando los padres se encontraren separados o simplemente no medie convivencia alguna, estando ambos de acuerdo sobre el cuidado que le desean brindar a sus hijos respecto a su educación, tiempos de recreación- esparcimiento, actividades culturales, el tiempo que comparten

³⁵ Artículo 653 del Código Civil y Comercial de la Nación.

cada uno con su hijo y las actividades a realizar dependiendo de las circunstancias y el contexto.

En primer lugar, es necesario resaltar que se trata de una facultad de los progenitores, pero no de una obligación. Si bien para el caso específico de progenitores matrimoniales que soliciten el divorcio, el art. 438 CCyC impone como requisito de procedencia de la petición la presentación de una propuesta que contenga las cuestiones referidas a los hijos (art. 439 CCyC) lo cierto es que se trata de una propuesta que no significa convenio.³⁶

La correspondiente figura fue incorporada a partir de la sanción del nuevo CCYCN, siendo equivalente en cierto sentido a lo que en el código derogado se denominaba convenio de tenencia y régimen de visitas.

El mismo tiene especial recepción en el art. 655 del CCYCN, estableciendo que:

Los progenitores pueden presentar un plan de parentalidad relativo al cuidado del hijo, que contenga:

- a. lugar y tiempo en que el hijo permanece con cada progenitor;
- b. responsabilidades que cada uno asume;
- c. régimen de vacaciones, días festivos y otras fechas significativas para la familia;
- d. régimen de relación y comunicación con el hijo cuando éste reside con el otro progenitor.³⁷

El plan pretende lograr un equilibrio psíquico, emocional para el niño, niña-adolescente que será uno de los principales destinatarios de los efectos que produzca el acuerdo sobre los distintos puntos que abarca, destacando la vital importancia que tiene un acuerdo claro- firme sobre el régimen de comunicación, el cual debe ser

³⁶ Art. 638 del Código Civil y Comercial de la Nación Comentado por Herrera Marisa, Caramelo Gustavo y Picasso Sebastián. Infojus, p. 503

³⁷ Artículo 655 del Código Civil y Comercial de la Nación.

respetado bajo apercibimiento de que se apliquen tanto sanciones civiles como penales por obstruir el vínculo paterno-filial; haciendo reserva de los días, horarios de comunicación directa o indirecta, donde se establecerá el proceder en los días festivos, simbólicos, como fechas de cumpleaños, día de la madre o padre, navidad, entre otros, con quien deberá pasar el niño.

Mediante las pautas que se establezcan, sin dudas también los beneficiarios serán los padres, acorde a que cada uno genera una planificación, según sus funciones, responsabilidades y el tiempo que le dedicará a su hijo/a, logrando una organización plena que le permita seguir con un desarrollo cotidiano- normal de su vida, como así también la de sus hijos, que una vez llegado al acuerdo, se podrá organizar una serie de actividades a criterio de los padres que su hijo realizará en tiempos libres, a nivel deportivo, cultural para potenciar las habilidades del mismo, sin afectar su centro de vida, sus tiempos, sus hábitos, y el esquema con el que cumple sus actividades.

El plan de parentalidad al que se arribe puede ser modificado acorde al principio del interés superior del niño y buscando un equilibrio entre éste sin afectar el interés familiar, ya que no configura cosa juzgada, por lo que atendiendo a las necesidades planteadas y demandantes por los hijos podrá ser modificado, al decir de la autora María Victoria Pellegrini, la cual se basa en que:

Tratándose de acuerdos respecto al desarrollo de la vida de los hijo/as, evidentemente admiten su modificación, pues las diversas etapas e instancias por las que transita el núcleo familiar requieren ajustes o diferentes previsiones ante nuevas situaciones. Así lo establece, en forma explícita, el segundo párrafo del art. 655 CCyC.³⁸

El plan debe presentarse al juez para su homologación, de lo contrario lo fijará éste último priorizando respecto a su cuidado la regla en materia de derecho de familia, como lo es en primer lugar un cuidado compartido indistinto, estando siempre al fiel y estricto cumplimiento de sus funciones para lo cual deberá escuchar al niño, niña u adolescente, teniendo en cuenta su calidad de sujeto de derecho, sujeto activo y participe en los procesos de familia en los que se encuentran en juego sus intereses.

³⁸ Art. 638 del Código Civil y Comercial de la Nación Comentado por Herrera Marisa, Caramelo Gustavo y Picasso Sebastián. Infojus, p. 504

Si no llegarán a un acuerdo mutuo, consensuado e igualitario para las partes, el juez deberá respetar los lineamientos establecidos por el CCYCN, que reza:

Si no existe acuerdo o no se ha homologado el plan, el juez debe fijar el régimen de cuidado de los hijos y priorizar la modalidad compartida indistinta, excepto que por razones fundadas resulte más beneficioso el cuidado unipersonal o alternado. Cualquier decisión en materia de cuidado personal del hijo debe basarse en conductas concretas del progenitor que puedan lesionar el bienestar del niño o adolescente no siendo admisibles discriminaciones fundadas en el sexo u orientación sexual, la religión, las preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición.³⁹

Siempre, a la hora de tomar una decisión, se lo hará estando al principio del interés superior del niño, de modo a que lo establecido en el plan de parentalidad no afecte bruscamente al normal desarrollo de la vida que llevaba el niño y cumpla con la finalidad del mismo que es una mera organización con el fin de dar equilibrio a las partes, evitando posibles perjuicios a futuro.

³⁹ Artículo 656 del Código Civil y Comercial de la Nación.

4.4. Conclusión parcial.

La presente conclusión radica en explicar conjuntamente que la figura de la responsabilidad parental, anteriormente denominada patria potestad, es la condición que da plena legitimación a los padres para reclamar el derecho de mantener comunicación con sus hijos por la condición de tal, siendo uno de los deberes de los progenitores facilitar el contacto paterno-filial con el otro progenitor, en caso de que ambos no convivan de manera conjunta.

Cuando no media convivencia entre los progenitores independientemente de la causa, una de las figuras que se debe regular, derivada de la responsabilidad parental, es el cuidado personal sobre los hijos, anteriormente denominado tenencia, lo que dependiendo de su regulación dará el régimen de comunicación para el padre con el cual el niño no tenga su domicilio principal y donde la mejor manera de organizar la convivencia que involucra a ambos, será a través de un plan de parentalidad, en el mejor de los casos, para ponerse de acuerdo sobre el cuidado que le desean brindar a sus hijos, contemplando los días con que cada progenitor pasará con el niño, fechas significativas etc, a los fines de no afectar el normal desarrollo de la vida que llevaba el niño.

Capítulo V

Régimen de comunicación

Introducción.

El presente capítulo, una vez analizado el alcance del derecho de comunicación tiene como fin explicar el concepto de régimen de comunicación, haciendo énfasis a que el mismo constituye el mecanismo a través del cual se efectiviza el derecho mencionado, el cual es materia disponible de mediación, siempre y cuando no se presente una situación de violencia entre la pareja, dicha figura será tratada en el presente eje.

Se podrá observar una clasificación de los tipos de régimen que existen, entre ellos ordinario, extraordinario y asistido, atento a que cada uno se dará dependiendo de las circunstancias en concreto del caso y sus posibles consecuencias en caso de incumplimiento del mismo, correspondiendo sanciones de origen civil y penal en caso de obstaculizar el vínculo paterno-filial, aplicando como normativa específica de éstas últimas la ley 24.270 de Impedimento de contacto, quedando delimitado el marco legal protectorio ante estas situaciones.

El rol del juez y su competencia es otros de los puntos que será tratado, considerando que estamos en presencia de un proceso de familia, y para el cual el mismo tomará decisiones en miras al principio del interés superior del niño, que fuere descrito en el capítulo uno y para el cual considerará el derecho que tiene el niño a ser oído cuando se vieran afectados sus intereses, lo que se encuentra íntimamente vinculado con el principio de la autonomía progresiva.

5.1. Concepto y procedencia del régimen de comunicación.

El régimen de comunicación, anteriormente denominado régimen de visitas, se origina a partir del conflicto suscitado entre los progenitores o simplemente ante la ruptura de la convivencia en común, lo que trae aparejado también la figura del cuidado personal, responsabilidad parental, donde ésta última dará de manera firme por su condición de tal plena legitimación activa al padre no conviviente para reclamar el derecho a mantener comunicación con su descendiente. Se define al mismo como:

Una institución del derecho de familia- señalando que consiste en ver y tratar periódicamente a personas menores de edad, o a mayores de

edad limitados en su capacidad, inhabilitados, impedidos o enfermos, y con el objeto de conservar y cultivar las relaciones personales emergentes de esos contactos. (Mizrahi, 2015, p.518).

Es importante destacar que no necesariamente el régimen de comunicación tiene su origen ante la separación o no convivencia de los padres, también se puede dar estando unidos de manera estable y plena a favor de otras personas como es el caso de los abuelos, legitimados activos para reclamar el pertinente derecho, dado por el art. 555 del CCYCN y aquellas personas que acrediten eficientemente un interés afectivo legítimo, dado por el art. 556 del CCYC.

En el caso de separación de los progenitores se dan dos supuestos, donde se puede ver de manera clara la conexión entre el régimen de comunicación con el cuidado personal otorgado según sus distintas modalidades, por lo que a colación se trae la siguiente clasificación:

a) cuidado personal unilateral: un progenitor tiene solo el cuidado personal íntegro del niño; y el otro únicamente un régimen de comunicación; b) cuidado personal compartido indistinto: el progenitor continuo (el que está el tiempo principal con el hijo) tendría sólo un cuidado personal parcial y preponderante; y el otro padre un cuidado personal parcial secundario, pero también un régimen de comunicación, y c) cuidado personal compartido alternado: cada uno de los progenitores tiene el cuidado personal del niño parcial y principal; pero este sistema ha de comportar además tener un régimen de comunicación con él. (Mizrahi, 2015.p.536 y 537)

Anteriormente el titular de este derecho, bajo su denominación régimen de visita, debía cumplirlo en el domicilio de su hijo pero a medida de los cambios sociales y de los distintos paradigmas en que era visto el niño, se consideró que no era beneficioso que el cumplimiento del régimen acordado se llevara a cabo en el lugar donde tenía su residencia permanente, por considerarse que no se estaba a la intimidad y neutralidad que necesitaba el progenitor no conviviente para poder relacionarse con el niño y viceversa. Por consiguiente y a raíz de esos factores que no eran adecuados para que se propicie la relación paterno-filial con absoluta libertad “es el padre que va a tomar contacto con su hijo al que le asiste la facultad- en principio- de determinar el

lugar donde se van a desarrollar los encuentros, sin que el otro pueda intervenir en esa decisión.” (Mizrahi, 2015.p.546)

De manera tal y adhiriendo a la postura del autor, se podría considerar que si los encuentros fueran propiciados en el lugar donde tiene su domicilio el hijo podría causar efectos negativos en el desarrollo y habitualidad de su vida, a tal punto de perturbarlo, desorientarlo acerca del vínculo que dejó de existir entre sus padres y que el mismo de a poco deberá ir aceptando y acostumbrándose a los cambios que se producirán. Además de que el régimen que se establezca, debe ser llevado a cabo en un lugar privado, íntimo, donde el padre e hijo puedan relacionarse, estableciéndose una relación de reciprocidad, donde ambos continúen aprendiendo, fortaleciendo sus roles y potenciando así los lazos afectivos.

Un supuesto excepcional a lo establecido por el autor respecto al lugar de cumplimiento del régimen se dará ante aquellas situaciones en las que atendiendo al interés superior del niño lo aconsejable sea que los encuentros tengan lugar donde el mismo tiene su residencia principal, debiendo tener en cuenta que “constituirá un deber del otro padre proporcionar en su residencia el mayor aislamiento posible, de manera que el progenitor que concurre al encuentro y su hijo puedan conectarse a solas de un modo espontáneo y lograr así la intimidad deseada.” (Mizrahi, 2015.p.548)

La resolución que regula el régimen que será llevado con total responsabilidad y compromiso, no hace cosa juzgada material, es decir que puede ser modificada en base al interés superior del niño, y lo más favorable para su vida y desarrollo, por lo que dicha resolución no reviste el carácter de definitiva o permanente, ya que lo que se busca es evitar la desconexión del núcleo familiar y brindar estabilidad estructural para que pese a las circunstancias por las que está atravesando el niño pueda seguir con la habitualidad de los actos que venía realizando, con total independencia, potenciando sus habilidades culturales, deportivas, artísticas, educacionales, respetando su tiempo- espacio y no tomándolo como un objeto fácil y móvil que puede ser manejado a voluntad de los padres.

La resolución donde se reglamente, debe establecer rigurosamente los días y horarios, fechas festivas con las que el niño pasará con el padre, ya que si se manejará

la disposición de los días con total libertad entre los padres seguramente desencadenaría una futura crisis entre ambos, siendo sumamente nocivo y traumático para los hijos.

A partir de ésta situación y del contexto en el que los hijos se encuentran inmersos, pasarán por periodos de adaptación al encontrarse en el medio de ambos padres y llevar en lo que hace respecto a ellos dos vidas diferentes, por lo que el juez ,el estado y los adultos deberán priorizar y preservar la estabilidad, seguridad emocional, psíquica de éste sector determinado, ya que lo que se busca pese a la circunstancia es conservar el lazo afectivo con ambos padres por igual, donde cada régimen será establecido en virtud de las circunstancias y características personales de los sujetos interesados en mantener el vínculo.

Se deberá respetar lo establecido en el régimen, bajo la consecuencia de incurrir en sanciones por obstruir el vínculo, pero lo más importante desde el punto de vista social- humanístico- jurídico, es que dando cumplimiento al mismo también se cumple con una función familiar y un derecho humano como lo es el deber del padre de relacionarse con su hijo y viceversa, destacando la importancia- rol que cumple cada integrante en la familia como piezas fundamentales para un conjunto en sí.

5.1.1 Régimen ordinario, extraordinario y asistido.

Uno de los tipos de régimen de comunicación es el régimen ordinario, extraordinario y asistido dependiendo de las circunstancias de la relación paterno filial y el medio en el que se lleve a cabo, por lo que es importante volver a resaltar que cada régimen se establece estando al caso en concreto. Cuando se hace referencia al régimen ordinario, se puede decir que:

Sería el que regularmente se aplica en la gran generalidad de los casos. Así, que el hijo pase un fin de semana, alternadamente, con cada padre (o sábado con uno y el domingo con el otro, también alternado), extendiéndose- equitativamente- a los días feriados y puentes; desde luego todo ello en tanto no exista una considerable distancia geográfica entre los domicilios de ambos. (Mizrahi, 2015, p.559)

Este tipo de régimen sería el más utilizado, que se da con mayor generalidad, donde tanto el padre como el hijo residen en un lugar donde no hay una distancia considerable, ni grandes impedimentos que dificulten llevar con normalidad el régimen, ya que el extraordinario se lleva a cabo de manera excepcional, como por ejemplo cuando el progenitor que pretende la comunicación tiene su domicilio-residencia en un lugar lejano, donde media una distancia considerable para que se puedan llegar a cumplir los encuentros con normalidad.

Respecto a los días vacacionales en la modalidad ordinaria se priorizará que el niño pase igual período de tiempo, ya sea invernal o en verano con cada progenitor, bajo reserva de establecer aquellos días festivos, simbólicos, como fechas de cumpleaños, navidad con que el niño deberá pasar ese día.

El régimen extraordinario de comunicación se da ante el supuesto donde se presentan “una serie de circunstancias, que pueden ser de índole muy variada, que genera la necesidad de otorgar una solución especial en cada caso. Una de ellas –ya fue anticipado- acontece cuando median distancias considerables en las residencias de cada padre” (Mizrahi, 2015, p.561). Otra de las causales que se pueden nombrar por las que el juez decide esta tipología, son aquellos casos en que se presentan supuestos como enfermedades, prohibición de la libertad y albergamiento en las diversas instituciones penitenciarias, de sexo masculino y femenino, entre otras.

El juez evalúa las circunstancias para decidir, de qué manera, bajo qué frecuencia y en qué lugar se dará cumplimiento al derecho que ambos tienen, priorizando el equilibrio y bienestar del niño pero también el interés personal-circunstancial del padre.

En la modalidad extraordinaria a parte de lo establecido sobre el contacto directo y el modo en que se llevará a cabo, ya que seguramente será más espaciado pero más duradero, por el lapso de tiempo debido a la distancia u otras razones que escapen al interés de las partes, juega un factor clave y primordial la comunicación indirecta a través de sus distintas metodologías, vía telefónica, internet para poder comunicarse y saber el estado en que ambos se encuentran, ya que con normalidad no se puedan llevar a cabo de manera frecuente los encuentros.

Respecto a la vinculación entre padre-hijo y ante la evidente dificultad que persiste entre los progenitores de cumplir con el régimen de comunicación establecido por el juez, por encontrarse ambos envueltos en conflictos de carácter personal, es ahí donde tiene inicio la necesidad de asistir la vinculación, surgiendo otro tipo de régimen como lo es el “régimen de comunicación asistido”, respecto al cual, la provincia de Mendoza se expide en la Acordada N° 26.633 y tiene lugar cuando:

Los progenitores no pueden cumplimentarlo sin el auxilio de un tercero presente; se trate durante todo el tiempo del contacto o bien sólo en los actos de entrega y reintegro de los niños; en este último supuesto, precisamente, porque las escenas violentas y conflictos severos acontecen en tales oportunidades. (Mizrahi 2015, p.570)

En el “régimen de comunicación asistido” se propicia estrictamente la intervención de un tercero para contribuir a mejorar o reafirmar y estrechar la vinculación adecuada protegiendo al niño de un posible daño a futuro, si la situación conflictiva persiste. El tercero que interviene y que está capacitado para la tarea encomendada es el Trabajador Social, que no solo está atento a lo establecido en la ley respecto al contacto entre padre no conviviente e hijo, sino que evalúa concretamente el aspecto vincular entre estos sujetos.

El rol que cumplen los trabajadores sociales es de “una práctica de acompañamiento, supervisión y asistencia en la comunicación materno o paterno-filial; y es propia de la llamada justicia de acompañamiento, nota esencial de los procesos de familia” (Mizrahi, 2015, p.569), intervienen temporalmente, de manera transitoria para brindar y asegurar la integridad física- moral del niño, niña- adolescente y con el propósito- función de que una vez realizado el trabajo de acompañamiento y supervisión, se den las pautas para que pueda cumplirse sin la necesidad que intervenga un tercero para asegurar su cumplimiento y las condiciones en que se realiza.

El lapso de tiempo en que se lleva a cabo la vinculación queda a criterio del profesional actuante y el mismo puede alejarse progresivamente de este entorno si considera que el objetivo de la vinculación ha sido logrado debiendo informar al juez de la causa sobre los avances o no del proceso encarado.

En base a lo estipulado surge de la acordada, mencionada ut- supra, al cual la provincia de Mendoza adhiere, la conformación de equipos profesionales de Trabajo Social del CAI (Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario), denominándose a cada equipo “EIS” (Equipo de Intervención Social”, los mismos tendrán como tarea examinar y verificar en qué condiciones y bajo que requisitos se lleva a cabo el régimen de comunicación asistido, el cual se implementó conforme la Acordada para toda la provincia en el fuero de familia.⁴⁰

A modo de ejemplo, en un fallo, Expte N° 378/13/2F-376/15 “FAYAD MARIA ROSA CONTRA/ SARTORI IVANA POR REGIMEN DE VISITAS”, se resolvió sobre un régimen de comunicación asistido a favor de una abuela paterna, Sra. María Rosa Fayad y su nieta, donde ambas se encuentran legitimadas para ejercer el derecho de comunicación, contemplado en el art. 555 del CCYCN.

En el presente caso la abuela hace meses que no mantenía contacto con su nieta, por lo que se ordenó que se dé intervención al Equipo de Régimen de Comunicación Asistido del CAI, para que se fijen los días y la hora determinada en que se llevará a cabo, con el fin de garantizar que el mismo se produzca y no seguir prolongando o obstaculizando el vínculo de manera que la ruptura se torne irreversible, resaltando la importancia que tiene éste régimen que se establece dependiendo las circunstancias en concreto de cada caso y donde justamente interviene un tercero para garantizar que se cumpla eficientemente y se lleve a cabo sin interferencia alguna, evitando todo efecto nocivo para ambas integrantes pero sobre todo para los niños.

5.2. Mediación.

La mediación es un método alternativo de resolución de conflictos, previo a iniciar cualquier acción vía judicial cuando se está ante un proceso de comunicación. Es definida como “un proceso prejudicial de resolución de conflictos que habilita la comunicación directa entre las partes mediante la intervención de un

⁴⁰ Cámara de Apelaciones de Familia, Mza, Expte N° 378/13/2F-376/15 “FAYAD MARIA ROSA CONTRA/ SARTORI IVANA POR REGIMEN DE VISITAS”. Recuperado el 19/19/16 de <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=4302267016> (Sentencia de fecha: 13/08/15)

tercero, que deberá ser neutral, imparcial y especialmente entrenado.” (Mizrahi, 2015, p.131)

La ley 26.589 de “Mediación y Conciliación” genera un gran aporte al derecho de familia en cuanto contempla la mediación familiar con carácter obligatorio, al igual que las reglas de Brasilia, donde se hace especial mención a la regla número 46, donde la persona que participe de este mecanismo debe ser informada previamente sobre el procedimiento y elementos característicos de este método.⁴¹

La mediación familiar tiene carácter obligatorio en ciertos procesos del derecho de familia, donde “comprende las controversias patrimoniales o extrapatrimoniales originadas en las relaciones de familia o que involucren intereses de sus miembros o se relacionen con la subsistencia del vínculo matrimonial”⁴², salvo lo dispuesto en el art. 5, inc. “b”. Entre los procesos sujetos a mediación familiar se encuentra el régimen de comunicación, donde se llegará a un acuerdo pacíficamente entre las partes sobre el cuidado personal, cuota alimentaria, y obviamente los días en que el padre no conviviente tendrá derecho a mantener contacto directo con su hijo, los horarios, y demás reglamentaciones sobre los días festivos, vacacionales, como en otras oportunidades ya se mencionó, salvo supuestos excepcionales de alta gravedad que requieran de la intervención judicial.

Las partes sujetas a las reglas del mecanismo, tratarán de llegar a un acuerdo pacífico, dialogando, donde será crucial la figura del mediador, tercero que interviene de manera neutral, tratando de lograr un equilibrio según los intereses de ambos, respetando la igualdad de las partes en el proceso y lo más conveniente para el desarrollo de los hijos. Ahora bien, si el proceso finaliza, sin que las partes arriben a un acuerdo consensuado “se labrará acta suscripta por todos los comparecientes donde se hará constar el resultado del procedimiento. El requirente queda habilitado para iniciar el proceso judicial acompañando su ejemplar del acta con los recaudos establecidos en la presente ley”⁴³.

⁴¹ Artículo 26 de la Ley 26.589 “Mediación y Conciliación”

⁴² Artículo 26 de la Ley 26.589 “Mediación y Conciliación”

⁴³ Artículo 27 de la Ley 26.589 “Mediación y Conciliación”

También quedarán habilitadas las partes a iniciar la acción judicial que corresponde ante la incomparecencia de alguno de ellos a la mediación, o si se tornara insostenible la comunicación por mediar situaciones de violencia que pongan en peligro la vida e integridad personal de una de las partes, ya sea prima facie o en cualquier etapa del proceso, según la decisión del juez, su valoración y facultades, donde el mismo a través de su investidura:

Podrá ejercer su facultad de derivar el expediente a mediación en cualquier estado del proceso; y ello es así pues si bien el art. 360 de la ley de rito hace referencia a la audiencia preliminar (e indicaría que sólo en ese acto el juez lo podría disponer), el citado art. 34 del Cód. Proc. Civil y Com. De la Nación, y el art. 16, inc. d, de la ley 26589 parecen no contener ninguna restricción sobre este punto; de modo que podría ordenarse la mediación en otra oportunidad del juicio que no sea la de la audiencia preliminar.(Mizrahi 2015, p.149)

Por lo se debe prestar especial atención a que en el supuesto de que medie violencia, ya sea suficientemente acreditada por la denuncia en autos, no será mediable el régimen de comunicación pese a los establecido en la ley, por lo que directamente se procederá a la etapa judicial. Es imposible llegar a un acuerdo consensuado, libre, sin coacción- miedo alguno con una persona violenta, que ante este tipo de situaciones lo único que acarrea pasar por este tipo de procesos sería efectos traumáticos donde se victimizaría de nuevo a la persona víctima de violencia.

En la provincia de Mendoza, un aporte legislativo de suma relevancia sería la Acordada N° 17.802 del 13/02/2003, establece que la ley N° 7065 asigna al “Cuerpo de Mediadores de la Suprema Corte de Justicia” la función de componer intereses entre deudores y acreedores de créditos hipotecarios, mediante la utilización de mediación. Ello se considera en función que el Cuerpo de Mediadores de Familia fue creado por la ley 6454, art. 34, expresando la norma que deberán tener suficiente especialización en las materias comprendidas en el fuero de Familia, estando integrado por Mediadores de Familia elegidos por concursos y contratados para ello.

La ley 6454 determina que los mediadores de familia sean exclusivamente competentes para cumplir con la ley 6354 (“Justicia de Familia y en lo Penal de Menores”), supliendo a los asesores de familia previstos en el art. 57 y ss. de esa

norma y haciéndose cargo de la etapa pre-judicial de avenimiento y mediación que rige obligatoriamente para todos los reclamos relativos a alimentos, tenencia y régimen de visitas (denominado actualmente “régimen de comunicación”) y toda otra cuestión derivada de uniones de hecho, logrando resolver gran parte de esos conflictos en un plazo no mayor a veinte días y sin que las partes tengan que iniciar juicio para ello.

El acuerdo al que arriben las partes intervinientes en la mediación deberá ser sometido a homologación, dándose por terminada o finalizada la mediación cuando se llegue a un acuerdo entre las partes o se detecte una causal grave, de manera perjudicial para la resolución del caso que involucra el bienestar del niño, niña u adolescente solicitando al juez competente arribe a la causa, dándose vista al Ministerio Público.

5.3. Incumplimiento del régimen y las medidas para asegurar su cumplimiento.

Como se dijo anteriormente es imprescindible contar con el vínculo del padre y madre para el pleno desarrollo integral del niño, niña u adolescente, debiendo el progenitor conviviente prestar la debida colaboración para facilitar el contacto de su hijo con el progenitor con el cual no convive, ya que es un derecho del que no pueden ser privados ambos.

En un fallo “INCIDENTE N°1. ACTOR: S G M DEMANDADO: B T G M s/MEDIDAS PRECAUTORIAS” se interpuso un recurso de apelación por parte del progenitor que tenía bajo su cuidado a los hijos, fruto de la pareja, en contra de la sentencia que disponía el levantamiento de la medida de prohibición de acercamiento de la madre respecto a sus hijos y restablecer su contacto con los niños, donde en sede judicial no se hizo lugar a éste ya que de los informes del Centro de Salud Mental N° 3 A., Ameghino surgió que la actora no presento signos de violencia de carácter primitivo y que puede adaptarse con eficacia en el medio pese a características de debilidad o dependencia de la misma.

Del presente fallo se puede observar con claridad que ambos padres niegan el rol del otro y sus derechos- obligaciones que le atañen por su condición de tal, encontrándose los niños en el medio de la situación, en la que no se encuentran

contenidos y que el progenitor conviviente no muestra síntoma alguno de facilitar el contacto y deseo de ver a la madre que tienen sus hijos, siendo de vital importancia para su vida y para su correlativo crecimiento, ya que los une un vínculo afectivo.

Se comparte de modo íntegro la postura adoptada por el tribunal al momento de resolver el caso, ya que es fundamental la figura de la madre para el pleno desarrollo de la personalidad de los niños, preservando las relaciones familiares, su derecho a la identidad, por lo que el progenitor que tiene el cuidado de los hijos se le impone el deber de facilitar el contacto con la madre bajo apercibimiento de incurrir en las sanciones por obstaculizar el vínculo, considerando como último que es un deber de ambos padres de respetar el derecho del niño a ser oído sobre cuestiones relevantes en su vida que pongan en juego sus intereses.⁴⁴

Teniendo la responsabilidad de cumplir de manera igualitaria lo establecido en la resolución donde se acordó el régimen de comunicación y lo relativo a su cuidado personal, de lo contrario “el juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado del régimen de comunicación establecido por sentencia o convenio homologado medidas razonables para asegurar su eficacia”.⁴⁵

Quien las solicita debe acreditar la pertinente obstrucción y vulneración del derecho de comunicación. Ante el cumplimiento del régimen de comunicación el juez puede interponer las medidas que considere oportunas para resguardar el equilibrio absoluto del bienestar del niño.

Las sanciones o medidas para asegurar el cumplimiento del régimen pueden ser de origen civil o penal. Una de las medidas más comunes son las sanciones conminatorias o astreintes. Respecto a las primeras “son medidas que tienden de una manera mediata- a constreñir al incumplidor a que haga efectivo un deber jurídico que se le ha impuesto. Tienen un carácter provisorio, no causan estado, ni pasan en autoridad de cosa juzgada.”(Mizrahi, 2015.p.683). Serán viables cuando el sancionado sea una persona con solvencia económica, donde el monto se graduara de manera

⁴⁴ CAMARA CIVIL.SALA M.INCIDENTE N°1. ACTOR: S G M DEMANDADO: B T G M s/MEDIDAS PRECAUTORIAS Recuperado de http://www.eldial.com/nuevopdf_fallos/AA99EB.PDF (Sentencia de fecha: 14/07/16)

⁴⁵ Artículo 557 del Código Civil y Comercial de la Nación

proporcional a sus ingresos. Este tipo de medidas tiene como objetivo vencer esa negación del padre incumplidor.

En lo que atañe al otro tipo de medidas como lo son las astreintes, que apuntan al cumplimiento del deber que ha sido manifiestamente incumplido y no a la sustitución del mismo, se puede decir que:

Una astreinte no pecuniaria típica es el apercibimiento de que, de no cumplirse con la orden impuesta, se procederá al cambio en el cuidado personal del niño; cuidado que, precisamente ostenta el progenitor a quien se le aplica ese apercibimiento. Pero las conminaciones también podrían ser otras; como la prohibición de salida del país la veda a utilizar los servicios de transporte aéreo (dentro o fuera de la Argentina), la suspensión de la licencia para conducir rodados, etcétera.” (Mizrahi, 2015.p.687)

Otra de las medidas es la prohibición de salida del país y de no innovar respecto de la residencia de los hijos, ya que el simple hecho de que el niño tenga que verse alejado de su centro de vida, luego de los traumas por los problemas suscitados entre grandes que tuvo que pasar, desestabilizándolo psíquicamente sería causarle al mismo un grave perjuicio, no respetando un principio general de familia estricto sensu como lo es el principio del interés superior del niño y violando un derecho humano como es el de tener una familia y preservar la relación con el padre no conviviente a raíz de estar íntimamente vinculado con su derecho a la identidad, y este tipo de maniobras tiene como fin justamente obstruir el vínculo mediante el cambio inesperado y repentino de domicilio.

También una medida planteada por el juez, en caso de incumplimiento del régimen y sus deberes, debiendo facilitar el vínculo paterno- filial puede ser que se ordene a la familia a someterse bajo terapia judicial con lo que se logra una adecuada vinculación, interviniendo un equipo interdisciplinario altamente capacitado para trabajar el por qué del incumplimiento, los sucesivos motivos que llevaron a incumplirlo pero sobre todo su tarea será garantizar el mismo.

En el ámbito penal, la ley 24.270 de impedimento de contacto juega un rol fundamental disponiendo en su articulado que:

Será reprimido con prisión de un mes a un año el padre o tercero que, ilegalmente, impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes.

Si se tratare de un menor de diez años o de un discapacitado, la pena será de seis meses a tres años de prisión.⁴⁶

Lo que se pretende es lograr el restablecimiento del régimen, buscando la normalidad de las relaciones familiares. Por lo que ante el supuesto de que un padre obstaculice el contacto con el progenitor no conviviente, mudándolo de domicilio sin previa autorización judicial, o realizando cualquier conducta que altere u obstruya el contacto será pasible de sanciones, entre ellas de orden penal.⁴⁷, como se hizo mención según la ley 24.270, remitiendo posteriormente los antecedentes que se originan en el fuero penal a sede civil. Para lo que el tribunal deberá:

1) disponer en un plazo no mayor de diez días, los medios necesarios para restablecer el contacto del menor con sus padres;

2) determinará, de ser procedente, un régimen de visitas provisorio por un término no superior a tres meses o, de existir, hará cumplir el establecido.⁴⁸

5.4. Rol del juez y su competencia.

En materia de régimen de comunicación, proceso de derecho de familia, justamente será competente un juez del fuero de familia “donde la persona menor de edad tiene su centro de vida”⁴⁹, el cual aplicará el procedimiento más breve previsto en la jurisdicción local.

En el régimen de comunicación, el juez tiene el impulso del proceso “sistema inquisitivo”, lo que deriva que puede ordenar pruebas de oficio que ayuden a resolver de mejor manera la causa, respetando los principios que rigen en materia de familia

⁴⁶ Artículo 1 de la Ley 24.270 de Impedimento de Contacto.

⁴⁷ Artículo 2 de la Ley 24.270 de Impedimento de Contacto.

⁴⁸ Artículo 3 de la Ley 24.270 de Impedimento de Contacto.

⁴⁹ Artículo 716 del Código Civil y Comercial de la Nación

como “tutela efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente”⁵⁰, priorizando la privacidad y reserva del expediente al tratarse de un niño, niña- adolescente.

El juez deberá escuchar y atender la opinión del niño, atento a su condición de sujeto de derecho, según el principio de autonomía progresiva, que es gradual conforme a la edad y grado de madurez, por lo que su función será la de un juez activo, que escucha y valora el derecho que tiene el niño a ser oído en el proceso que es parte, por ello:

Siempre deberá tenerse presente que la decisión a favor o en contra de la fijación del establecimiento judicial de contacto entre el menor y un tercero deberá evaluar la actitud del hijo frente a la pretensión, no para descargar en el niño responsabilidades que atañen a los adultos, y que deben asumirlas, sino para considerar sus dichos y opiniones en el contexto que a él le toca vivir y fundar el decisorio que acepta o rechaza la voluntad del hijo si éste quiso expresarla, porque, y éste también es su derecho, el menor puede preferir guardar silencio. (Kemelmajer, Herrera y Lloveras, 2014,p.385).

Sin dudas al momento de arribar a una decisión, el juez valorará lo expresado por el mismo, siempre atendiendo a su bienestar y a lo más favorable para su integridad personal. Por lo que se requiere que en este tipo de procesos el juez además de su labor técnica, demuestre una conducta más humanística al tratar con niños, niñas y adolescentes, dejando de lado cierto formalismo- ritualismo al llevar adelante el trámite de estos procesos en los que están en juego el bienestar emocional de ambos..

Sobre la decisión a la que arribe el juez, se deberá tener en cuenta que no constituye cosa juzgada las resoluciones de procesos de régimen de comunicación, ya que en principio son provisionales y modificables atendiendo a la máxima satisfacción de los derechos de niños, niñas- adolescentes dada las circunstancias, para lo que se debe cesar siempre al caso en concreto y en el contexto en que se desenvuelve la situación.

⁵⁰ Artículo 706 del Código Civil y Comercial de la Nación.

5.5. Derecho del niño a ser oído.

El niño, niña, adolescente tiene derecho a ser oído⁵¹, conforme a la condición de sujeto de derecho como se viene explicando a lo largo de todos los capítulos, producto del cambio de paradigma sobre la concepción del mismo, dejando de lado la postura que lo consideraba como objeto, posición que generó un supuesto de dependencia absoluta, sin considerar el principio de igualdad.

Los niños son seres humanos que gozan de los mismos derechos que los adultos y de sus mecanismos de protección para garantizar el cumplimiento de ellos. El CCYCN recepta el derecho a ser oído en el art. 26, adhiriendo a la postura antes adoptada por la Convención sobre los derechos del niño (art.12) y la ley 26.061 donde éste derecho es regulado en el art. 2 y 3, inc. “b”, garantizando como estado que el niño tiene derecho a dar su opinión en los asuntos donde se vieran involucrados sus intereses.⁵²

La opinión del niño es espontánea, auténtica, y debe ser valorada por el juez según su discernimiento, grado de madurez y las circunstancias del caso. Se debe ayudar al niño a enfrentar sus problemas e ir adaptándose de a poco a los cambios que empiezan a surgir, tratando de una manera u otra de respetar su centro de vida, buscando un equilibrio en lo que realmente es favorable para él.

Se estimó que la opinión que emita no es vinculante para la resolución que se ha de dictar, pues aquella requiere ser armonizada con los restantes elementos de la causa. Lo indicado es sin perjuicio de que la voluntad del niño, expresada sin la presencia de los progenitores, reviste particular importancia y deba ser especialmente tenida en cuenta; salvo que se verifique que se está en presencia de vínculos patológicos o de una evidente manipulación de los adultos” (Mizrahi, 2015, p.69)

Los niños gozan de este derecho independientemente de la edad, ya que si bien se debe escuchar la opinión de ellos en el caso de que puedan emitir diálogo y cuando

⁵¹ Artículo 12 de la Convención Sobre los Derechos del Niño.

⁵² Artículo 24, Inc. “a” de la Ley 26.061

no puedan hacerlo porque todavía no tengan desarrollado el lenguaje verbal, habrá que estar a otros tipos de lenguaje, gestos, estados de ánimo, comportamientos, etc.

Juegan un rol importante los equipos interdisciplinarios que buscan que el niño enfrente el conflicto con profesionales capacitados para el caso, a raíz de que los efectos que producen en él los conflictos por el que atraviesan los padres, ambos buscaran la humanización de la situación problemática mediante el lenguaje verbal o no verbal.

Los hijos suelen sentirse entre la espada y la pared, elementos de disputa, pasando por momentos traumáticos, en los conflictos entre adultos que van en aumento y se dan con mayor frecuencia, sin importar o dejando de lado la opinión de ellos, la simple manifestación de con quién desean convivir, los días que quieren pasar con cada progenitor, fiestas, lugar donde se llevará a cabo el régimen, de qué manera, ya que si bien intervienen los adultos, son justamente ellos los que deberán amoldarse a las decisiones que se tomarán.

Es importante destacar que el niño no está obligado a expresar su opinión, ya que éste es un derecho subjetivo que el mismo puede hacer o no hacer uso y en el caso de que lo haga, se debe brindar total confidencialidad, evitando ciertas cuestiones que generan un excesivo formalismo, tecnicismo, generando un ambiente más cálido para que el niño se sienta en confianza de poder expresar su opinión, sentimientos, emociones, debiendo ser informado sobre el derecho que le asiste de manera previa.

Un derecho relacionado de manera íntima, ya que va de la mano con el derecho a ser oído, es el derecho que le asiste al mismo de contar con patrocinio letrado, incorporándose la figura del abogado a partir de la sanción del nuevo CCYCN, lo que implica que gozan de las garantías mínimas de procedimiento, derecho de defensa, establecido rigurosamente en la Constitución Nacional, de la que es portadora toda persona que habite el suelo argentino, sin importar la edad, clase social, culto, etc. Por ende los niños tienen derecho “a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos

económicos el Estado deberá asignarle un letrado que lo patrocine”⁵³ y el CCYCN regula este derecho en su artículo 26, con carácter facultativo, por lo que el niño no necesariamente está obligado a recurrir a un abogado, queda a criterio del mismo la posibilidad de acceder a uno.

Respecto a lo desarrollado anteriormente la Suprema Corte de Justicia, Sala Primera del Poder Judicial de Mendoza en un fallo respecto a un niño menor de edad entre medio del conflicto entre sus progenitores fue oído por el juez en consideración a que el niño de padres divorciados a raíz de problemas personales entre ellos donde comienza a tallar la justicia y donde primero la madre ostenta la tenencia del niño (se utiliza este término en relación al año del fallo) estableciéndose un régimen de comunicación entre el padre no conviviente y el hijo, él cual fue llevado a cabo con diversas dificultades, tiempo después el padre solicita la guarda provisoria del hijo y la prohibición de acercamiento de la madre respecto al niño por maltratos revelados por el informe psicológico y audiencia con el juez, en base a esto el niño solicita vivir con el padre.

Luego de distintas intervenciones judiciales a través de profesionales especializados el niño regresa a vivir con la madre paulatinamente fijándose un régimen de comunicación con el padre, donde el juez ordena el proceso de revinculación con éste, en el cual el padre había solicitado el restablecimiento inmediato del contacto con su hijo bajo apercibimiento de sanciones en caso de incumplimiento del régimen por parte de la madre. El niño le confiesa al juez que él no quiere un abogado, que su único objetivo es tener una vida común y tranquila sin tenerse que ver entre la posibilidad de elegir siempre entre estar con uno u otro padre.⁵⁴

⁵³ Artículo 27, Inc. “c” de la Ley 26.061

⁵⁴ Suprema Corte de Justicia- Sala Primera. Poder Judicial de Mendoza. “FARRES MARIA CECILIA POR SI Y P.S.H.M. EN J° 5272/11/1CF// DOCTOROVICH GUSTAVO C/ FARRES MARIA CRISTINA P/MEDIDA AUTOSATISFACTIVA P/ REC. EXT. DE INCONSTIT- CASACIÓN” Recuperado el 24/08/2016 de: <http://www.2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=4920851925> (Sentencia de fecha: 16/08/2016)

Como se puede ver del presente fallo, se arriba a una decisión que tuvo como fin respetar el derecho del a ser oído en los procesos que involucran sus intereses y de los cuales las posibles consecuencias son soportadas por ellos. La justicia fue clara y garantizó éste derecho, su opinión fue escuchada atendiendo al principio de la autonomía progresiva de la voluntad, ya que el mismo era un jóven de entre 15 y 16 años de edad, lo que derribó que su postura delimitará un pensamiento firme y maduro que fue tenido en cuenta con mayor vinculación por los funcionarios a la hora de resolver la causa.

5.6. Conclusión parcial.

A modo de concluir, el régimen de comunicación, materia competente de los jueces de familia donde se debe respetar el derecho del niño a ser oído intentando captar sine quanon algún factor de alineación parental antes que nada, constituye el mecanismo a través del cual se efectiviza el derecho y donde se verá plasmado todo el marco legal protectorio que ampara al mismo, lo cual fue problema de investigación, planteando la falta de conocimiento de la normas en la materia por las personas que atraviesan por situaciones en las que no conviven con su pareja y hay un hijo fruto de esa unión en su momento.

Cada régimen de comunicación se establece estando al caso en concreto porque las circunstancias varían dependiendo de los sujetos que intervienen, y por eso es que se establecerá el régimen más propicio en ese caso, conforme a que no es lo mismo una pareja que está sufriendo violencia de género, no correspondiendo ante el supuesto el instituto de la mediación, se le otorgue un régimen extraordinario, modalidad de régimen de los padres que no pasan por éste tipo de situaciones, ya que lo adecuado sería establecer un régimen asistido dado la gravedad de los acontecimientos, garantizando la máxima satisfacción de los derechos, el bienestar y seguridad de todos los integrantes.

En caso de incumplimiento del régimen se aplicarán sanciones, expresando plena conformidad a favor de las mismas, ya que el manoseo que sufre el niño al encontrarse con trabas cada vez que quiere comunicarse con el padre no conviviente o al momento en el que el padre no conviviente va a retirarlo del domicilio, acarrea un efecto perjudicial para el mismo, afectándolo psíquicamente y por lo que se debe sancionar a la persona que intente obstruir el vínculo o incumpla el régimen, estableciendo medidas civiles como penales. Respecto a las penales una objeción respecto a la ley de impedimento de contacto, es que la misma reprime al que intentare obstruir el vínculo con el padre no conviviente del niño y no contempla la posibilidad de aplicar sanciones de la misma índole a los padres no convivientes que manifiesten no tener deseo de tener relación con su hijo.

Conclusiones finales.

Una vez desarrollado el presente trabajo de investigación, atento a las disposiciones reglamentarias que rigen la materia, doctrina, fallos y los cambios que surgieron a partir del nuevo CCYCN sobre todo en familia, algo sumamente novedoso y superador a la antigua postura, desde el ámbito no sólo jurídico sino también social, se arriba a la siguiente interpretación-conclusión:

Para analizar el alcance que tiene el derecho de comunicación y cuál es el marco legal protectorio del mismo, es decir la normativa que lo sustenta, se tuvo que tomar como primer punto de partida, uno de los sujetos legitimados para ejercer el mismo, como lo es el niño, considerado sujeto de derecho, postura que se comparte con la legislación conforme a que éste sector de la sociedad como el resto son personas humanas, a las cuales se les debe garantizar igualdad de oportunidades y de derecho, ya que es el desarrollo de la vida de los mismos la que ésta en juego, sus intereses y a pesar de la inmadurez, o factor clave de la edad, los niños deben conocer sus derechos y que el estado cumple un rol significativo para garantizarlos.

Con el cambio de paradigma de ser considerados objeto de protección a pasar a ser sujetos titulares de derecho, cobran un rol importante en la sociedad como debe ser, si bien los padres tienen el rol de supervisar- acompañar a sus hijos para que sus derechos se hagan efectivos, ya no dependen de los mismos para ejercerlos.

Los niños y adolescentes son plenos titulares del derecho de comunicación y de todo proceso que ponga en juego sus intereses, en el que el principio del interés superior del niño ocupa un rol fundamental, conforme a que las decisiones que involucren a los mismos siempre serán dictadas teniendo como fin el bienestar de ellos, lo cual no significa que siempre se debe estar extremadamente a lo más favorable para él, sino que debe mediar cierto equilibrio y razonabilidad en pos que la decisión que se dicte genere efectos positivos en su vida.

Otro principio importante es el de la autonomía progresiva, donde a mayor autonomía disminuye la representación de los padres y donde atendiendo a su edad-madurez será tan vinculante su opinión sobre el tema, garantizando un derecho fundamental como lo es el derecho a ser oído en los procesos de familia, de lo cual

se puede emitir juicio de valor atendiendo al contenido de la legislación, basándose en ¿hasta qué punto los niños- adolescentes actúan, emiten opiniones libre de toda influencia de los padres?, ya que es posible que el niño/ adolescente que pasa gran parte de tiempo con un adulto determinado termine naturalizando ciertos pensamientos de parte de éste último, con motivo de apelar a la conciencia y utilizarlo como elemento de disputa, jugando a su favor en los procesos de familia, lo que se puede ver reflejado en la práctica cuando los padres distorsionan ideas con el efecto de que llegado el día en que el niño tiene que estar con el progenitor no conviviente, el primero se niega rotundamente a ver al padre, influenciado por los pensamientos del otro y naturalizando aquellos.

En función de lo que antecede y más allá de lo que establezca la teoría al momento de escucharlo, con la cual hay suma aceptación, a la hora de llegar a la práctica, pueden surgir discrepancias en lo que se refiere al derecho de comunicación ya que un factor clave lo configura el lugar físico donde se realiza la escucha, debiendo el mismo ser un espacio en el que el niño se sienta contenido, familiarizado para que tenga mayor libertad de expresar lo que desea y no el típico espacio de un Tribunal donde el ambiente generalmente abstrae, presiona al niño, alterando su círculo para lo cual todos los profesionales independientemente del campo que ocupan deben estar formados en psicología infantil, conforme si pretenden que las decisiones se tomen considerando el interés superior del niño, no se puede ser ajeno a la psicología y al efecto repercusorio que esa decisión causa en el niño. Para la plena efectivización del derecho de comunicación se debe estar a éstos dos principios.

Ahora bien, atendiendo a éste último, uno de los cambios suscitados en materia de familia, lo cual se puede visualizar con la presente investigación, fue el cambio de denominación del término “visitas” por el de comunicación, siendo éste último altamente positivo, ya que la terminología de visitas hacía alusión al mero contacto físico y el término comunicación abarca los distintos tipos ya sea directa, llamadas telefónicas, utilización de otros medios masivos que resulten vitales sobre todo cuando entre los interesados media una distancia considerable y no se logra con regularidad el contacto físico pero a través de los medios masivos de comunicación el progenitor no conviviente tiene derecho a recurrir a los mismos con el objeto de

estar informado sobre el bienestar de su hijo, la cotidianeidad de sus actos y los acontecimientos significativos para la vida del mismo.

Si bien el término “comunicación” es amplio, contemplando diversos campos, puede ser utilizado con efecto contraproducente, a modo de ejemplo uno de ellos sería el abuso excesivo de llamadas por parte del progenitor conviviente al que tiene el régimen a llevar a cabo en ese día, o situaciones en que en el padre que convive desea comunicarse por teléfono para saber cómo se encuentra el niño y el otro progenitor no responde, sobre todo a temprana edad y donde justamente la legislación no contempla éste tipo de situaciones, es decir, ¿ hasta qué punto o con qué frecuencia las llamadas serían invasivas configurando un obstáculo para el normal desenvolvimiento del régimen?, siendo las mismas altamente probables y merecedoras de tratamiento, no de manera general sino específicamente.

Como se puede visualizar en el presente trabajo tanto el niño como el padre tienen el derecho de comunicación, es decir estamos ante un supuesto de doble titularidad, en el que ambos pueden reclamar el mismo, lo que sin dudas en lo que atañe al niño configura una mera manifestación de su condición de sujeto titular de derecho, resaltando a modo de no incurrir en un error que el CCYCN viene a adherir a lo que con anterioridad ya contemplaba la ley nacional N° 26.061 y la normativa internacional, en adelante Convención sobre los derechos del niño, donde la presente condición ya era reconocida, estableciendo como derecho absoluto de los niños, mantener trato regular con sus padres y la influencia en el desarrollo de la personalidad que tiene el crecimiento en un ambiente familiar, por lo que no es el código el cuerpo normativo que crea la presente condición.

El Código derogado de Vélez Sarsfield establecía que solo podían reclamar éste derecho las personas con las cuales existía un vínculo de parentesco, lo que en el nuevo CCYCN se mantuvo, si bien con ampliaciones en el art. 556 a las personas que demuestren un interés afectivo legítimo, lo cual apoyando al cambio realizado se estima que es de vital importancia permitir el contacto del niño con aquellas personas que si bien no las une un vínculo de parentesco, ya sea por naturaleza, adopción, etc, si hay un factor importante para el niño como es el deseo de éstas de mantener relación llevando consigo implícito un valor afectuoso-emocional que influye

positivamente en la vida del niño y con el cual se ha logrado un vínculo firme, donde intentar ir en su contra sería perjudicial psíquicamente para ambos.

Ésta ampliación en la normativa nacional, ley N° 26.994, brinda una posibilidad de preservar relaciones donde el sentimiento de sinceridad, amor, cariño, basado en la buena fe tiene un valor similar que el vínculo de sangre, que a lo mejor podría remitirse en ciertos casos sólo a eso y no a lo que importa realmente que es que ambos titulares de derecho demuestren la necesidad de contenerse mutuamente más allá de los requisitos establecidos por ley. Si bien la normativa es estricta y se debe estar siempre a lo contemplado por ella ya que respalda legalmente a las personas que se encuentran habilitadas para mantener relación alguna, no tendría gran valor si no lleva implícito la necesidad de que se produzca la misma y el afecto- sentimiento que motiva a reclamar el contacto con la persona que se desea.

El régimen de comunicación, materia competente de los jueces de familia, constituye el mecanismo a través del cual se efectiviza el derecho de comunicación y en el que se verá plasmado todo el marco legal protectorio que ampara al mismo, en normativas como CCYCN, ley N° 26.061, Convención sobre los derechos del niño, ley N° 24.270, lo cual delimita el marco legal donde se inserta el problema de investigación.

Se puede visualizar no obstante que surge falta de conocimiento de la normas en la materia por aquellas personas que atraviesan por éstas situaciones, porque el derecho tratado se encuentra disperso en distintos cuerpos normativos y no unificado para una mayor organización sobre el tema.

Cada régimen de comunicación se establece estando al caso en concreto, figando una postura positiva ante éste supuesto, porque las circunstancias varían dependiendo de los sujetos que intervienen, y por eso es que se establecerá el régimen más propicio en cada caso, a modo de ejemplo se podría citar una pareja donde los progenitores atraviesan por una situación de violencia, se separan habiendo un hijo en común, si bien tenemos un régimen de comunicación ordinario, extraordinario y asistido, el más propicio para ese caso en particular será el asistido, ya que es necesario que intervenga un tercero que garantice la seguridad de todos los integrantes, y que el encuentro se lleve a cabo sin problema alguno, porque el niño

pese a los problemas suscitados entre los adultos tiene derecho a mantener comunicación con su otro progenitor y para lo cual se tomarán medidas especiales para garantizar ese vínculo, porque que el progenitor no conviviente sea violento con su pareja, nada indica que lo sea con su hijo y es por eso que atendiendo a éste último se establecerá el régimen más apropiado.

En caso de que uno de los padres obstaculizare el vínculo paterno- filial será pasible de sanciones de origen civil o penal y he aquí una inquietud ya que en el ámbito penal, la ley N° 24.270 de “Impedimento de contacto” establece sanción tanto al padre o tercero que intentare obstruir el vínculo del niño con el padre no conviviente, lo cual en este aspecto se adhiere a la postura que se toma, ya que la situación por la que atraviesa un niño al ver que cada vez que intenta mantener relación con el padre se ve afectada por algún acontecimiento que le provoca un estado emocional angustiante teniendo una grave incidencia psíquica para la vida del mismo y lo que debe ser considerado causal de sanciones.

Retomando lo planteado, dicha ley no contempla sanción para el padre que teniendo el derecho de comunicación con su hijo no desea mantener relación con él, por más que cumpla con los demás deberes y obligaciones que la ley le impone como progenitor, llegando a la conclusión de que se presentan dos graves interrogantes, por un lado de si ¿es procedente obligar al progenitor a que mantenga contacto con el niño, por más que no tenga con él sentimiento de amor, de afecto, interés? Y por el otro de que ¿si el niño tiene el mencionado derecho del cual es titular de su ejercicio, pero su progenitor no desea verlo, las consecuencias que produce en el niño éste tipo de situaciones no son merecedoras de tratamiento?

Se entiende que si .La situación por la que atraviesa el niño si es merecedora de atención, y materia disponible por los funcionarios competentes en el tema, por lo que el juez especializado en derecho de familia considerará básicamente ésta situación bajo el principio del interés superior del niño, principio rector- guía que es parámetro en cada derecho donde el niño se halle involucrado debiendo tomar la decisión más beneficiable para su desarrollo, atendiendo a que la misma buscará satisfacer de manera máxima y lo más posible los derechos que tiene el niño, sin afectar a su salud, física o mental, equilibrando su estado emocional.

Si bien siempre se debe estar al caso en concreto, las normas sobre la materia son demasiado amplias y no contemplan ciertos supuestos que se presentan con normalidad cuando un niño no vive con sus progenitores, encontrándose en el medio de los problemas de los adultos, siendo utilizado como elemento de disputa cuando en realidad se debe garantizar la máxima satisfacción de sus derechos, y a que crezca y se desarrolle en el seno de una familia, cimiento de la sociedad y que pese a los problemas de sus progenitores éste tiene derecho a mantener comunicación con ambos preservando las relaciones familiares en el tiempo, salvo que uno de ellos demuestre gravedad o posible perjuicio a la salud física- mental de los niños.

Dando por finalizada la misma, se deja expresamente por sentado que se logró alcanzar los objetivos establecidos para el trabajo, pudiendo analizar concretamente el alcance del derecho de comunicación y la normativa que rige y ampara el respectivo derecho adquiriendo conocimientos obtenidos que antes no se conocían o bien no se tenía pleno conocimiento sobre el mismo. Como último, una propuesta legislativa a realizar sería sancionar una ley específicamente sobre derecho de comunicación o régimen de comunicación donde se contemplen de manera unificada sus alcances, la regulación de los supuestos que cotidianamente atraviesan los progenitores cuando ambos no conviven de manera conjunta y las medidas ante el incumplimiento del mismo, civiles- penales quedando delimitado todo en un solo cuerpo normativo.

Matias Rodrigo Diaz.

Bibliografía.

Doctrina:

- MIZRAHI M. (2015). *Responsabilidad Parental*. (1° Ed.). Buenos Aires- Argentina: Ed. Astrea.
- GARCÉS L. (1997). *Tutela y Control*. (S/N Ed.). San Juan- Argentina: Ed. Colección Investigación Cuaderno de Servicio Social N° 2
- HERRERA M. (2015). *Manuel de Derecho de las Familias*. (1° Ed.). Buenos Aires- Argentina: Ed. Abeledo Perrot.
- FERNÁNDEZ S. (2015). *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*. (1° Ed.). Buenos Aires- Argentina: Ed. Abeledo Perrot.

Legislación:

- Código Civil y Comercial de la Nación.
- Código Civil derogado de Vélez Sarsfield.
- Código Civil y Comercial de la Nación Comentado por Herrera Marisa, Caramelo Gustavo y Picasso Sebastián, 2015, Bs. As. Infojus.
- Ley 6354 “Protección Integral del Niño y el Adolescente”
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Ley 26.061 “Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”
- Ley 26.589 “Mediación y Conciliación”
- Ley 24.270 de Impedimento de Contacto.

Jurisprudencia:

- Suprema Corte de Justicia- Sala Primera. Poder Judicial de Mendoza.
“FARRES MARIA CECILIA POR SI Y P.S.H.M. EN J° 5272/11/1CF//
DOCTOROVICH GUSTAVO C/ FARRES MARIA CRISTINA P/MEDIDA
AUTOSATISFACTIVA P/ REC. EXT. DE INCONSTIT- CASACIÓN”

Recuperado el 24/08/2016 de:

<http://www.2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=49208519>

[25](#) (Sentencia de fecha: 16/08/2016)

- CCCGar.Pen. de Zárate, 8-8-2006, “P. A., G. A. c/J., D. H.”, www.abeledoperrot.com, N° 70036702
- Cámara de Apelaciones de Familia, Mza, Expte N° 378/13/2F-376/15 “FAYAD MARIA ROSA CONTRA/ SARTORI IVANA POR REGIMEN DE VISITAS”. Recuperado el 19/19/16 de <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=43022670> [16](#) (Sentencia de fecha: 13/08/15)
- ¹ CAMARA CIVIL.SALA M.INCIDENTE N°1. ACTOR: S G M DEMANDADO: B T G M s/MEDIDAS PRECAUTORIAS Recuperado de http://www.eldial.com/nuevopdf_fallos/AA99EB.PDF (Sentencia de fecha: 14/07/16)

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Diaz Matias Rodrigo.
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	37.623.168
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	“Criterios jurídicos sobre el derecho de comunicación entre el progenitor no conviviente con sus hijos menores de edad”
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	matiasrodrigo_diaz@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i>	Si
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	Completo.

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: Mendoza- Tunuyán, 26 de septiembre del año 2017.

Firma autor- tesista

Aclaración autor- tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:

Universidad siglo 21

_____certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.