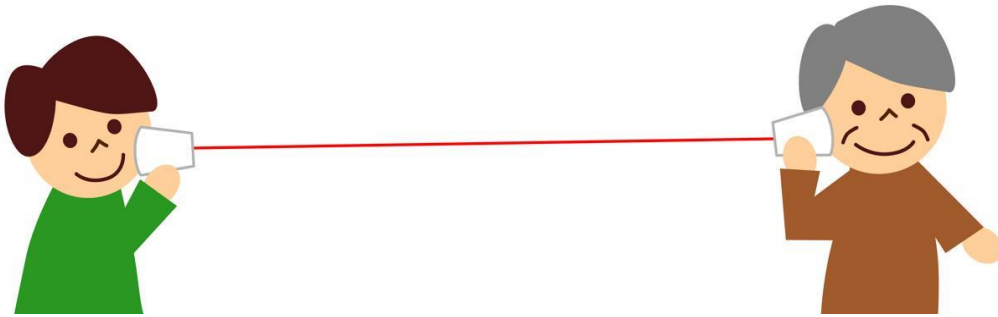




## Régimen de comunicación materno o paterno-filial



Trabajo Final de Graduación

Abogacía

Gonzalo Hernán Mercado

2019



## RESUMEN

El presente trabajo propende analizar la estructura y funcionamiento del régimen de comunicación paterno filial en Argentina. Este instituto actúa como una herramienta legal destinada a satisfacer el derecho –y a su vez, deber- con el que cuentan las personas a mantener una adecuada comunicación con el hijo con quien no se convive. Va de suyo que lo que se busca responder concretamente es en qué supuestos y bajo qué condiciones el régimen comunicacional es un derecho subjetivo propio del progenitor no conviviente.

Cabe poner de manifiesto que el derecho a mantener una adecuada y fluida comunicación con el hijo, obedece principalmente a motivos de lo que se conoce como derecho natural, pero el verdadero fundamento está en la ley. Esto implica que el régimen de comunicación debe ser garantizado, debiendo para ello el sistema legal arbitrar todos los medios disponibles para que el instituto cumpla con sus propósitos y no se vulneren los derechos de los individuos involucrados.

Palabras claves: Régimen de comunicación – Progenitor no conviviente – Derecho – Deber – Restricción.

## ABSTRACT

The present work tends to analyze the structure and functioning of the parental filing system in Argentina. This institute acts as a legal tool designed to satisfy the right - and fulfill the duty - with which people have to maintain an adequate communication with the child with whom they do not live. It goes without saying that what is sought to answer concretely is in what assumptions and under what conditions the communicational regime is a subjective right of the non-cohabiting parent.

It should be noted that the right to maintain an adequate and fluid communication with the child, is mainly due to reasons from what is known as natural right, but the true foundation is in the law. This implies that the communication regime must be guaranteed, for which the prevailing legal system must arbitrate all the available means so that the institute fulfills its purposes and the rights of the individuals involved are not violated.

Keywords: Communication regime - Progenitor not cohabiting - Right - Duty - Restriction.



*Gracias a mi esposa e hijos, a mis padres y en  
especial a “Chichi”.*

Índice:

INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO 1: REGIMEN DE COMUNICACIÓN.....	7
Introducción.....	8
1.1 Derechos y deberes jurídicos .....	8
1.1.1 Caracteres de los derechos subjetivos familiares .....	9
1.1.2 Derechos subjetivos familiares. Clasificación .....	11
1.2 El actual término derecho de comunicación .....	11
1.2.1 El bloque constitucional-convencional como punto de partida del derecho de comunicación.....	13
1.3 Régimen de comunicación. Concepto y alcances. ....	14
1.3.1 Fundamento legal .....	17
1.4 Características del derecho de comunicación.....	18
1.5 Sujetos implicados en el derecho de comunicación. Legitimación activa y pasiva .....	19
1.6 Régimen de comunicación y la preservación de la integridad del niño.....	22
1.7 Modalidad de cumplimiento. ....	22
Conclusiones parciales .....	23
CAPÍTULO 2: ESTABLECIMIENTO Y PROCESO DEL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN.....	25
Introducción.....	26
2.1 Establecimiento del régimen de comunicación mediante sentencia judicial.....	26
2.1.1 Pretensión de los progenitores.....	27
2.1.2 Interés del hijo menor de edad .....	27
2.1.3 Interés superior del niño .....	27
2.1.4 Derecho a ser oído y opinión del menor de edad .....	28
2.1.5 Edad del niño .....	30
2.1.6 Informe del equipo multidisciplinario .....	30
2.2 Establecimiento del régimen de comunicación por acuerdo o convenio .....	31
2.3 Proceso en materia de régimen de comunicación. El aspecto esencial: la competencia ...	33
2.3.1 Intervención del asesor de menores y del abogado del niño .....	33
2.3.2 Régimen de comunicación provisorio como medida cautelar.....	35

2.3.3 El régimen de comunicación como medida autosatisfactiva.....	35
2.3.4 Inaplicabilidad del principio procesal de congruencia .....	36
2.4 Alternativas del trámite procesal .....	36
2.5 Vicisitudes en materia de régimen de comunicación.....	37
Conclusiones parciales .....	39
<b>CAPÍTULO 3: MEDIDAS CIVILES ANTE EL INCUMPLIMIENTO Y PARA GARANTIZAR EL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN.....</b>	<b>41</b>
Introducción.....	42
3.1 Medidas frente al incumplimiento. Una primera aproximación.....	42
3.1.1 Ejecución forzada del régimen de comunicación .....	43
3.1.2 Las sanciones conminatorias (o astreintes).....	43
3.1.3 Las terapias interdisciplinarias .....	44
3.1.4 El aporte de los trabajadores sociales .....	45
3.1.5 Designación de tutores especiales .....	45
3.1.6 Prohibiciones de salida del país y de no innovar respecto de la residencia de los hijos.....	46
3.1.7 Graduación de la cuota alimentaria como instrumento para lograr el cumplimiento del régimen de comunicación .....	47
3.1.8 El apercibimiento de reconsiderar el cuidado personal del hijo y el eventual traslado de la guarda de un progenitor hacia el otro .....	47
3.2 Otras medidas que podrían implementarse .....	48
3.3 La jurisprudencia y el incumplimiento de las sentencias que ordenan un régimen de comunicación .....	49
Conclusiones parciales .....	53
Conclusiones .....	55
Bibliografía.....	59

## INTRODUCCIÓN

El trabajo de investigación que se propone llevar adelante parte de preguntarse lo siguiente: ¿En qué supuestos y bajo qué condiciones el régimen comunicacional es un derecho subjetivo propio del progenitor que visita a su hijo con quien no convive? Con base en este interrogante es dable advertir que el objetivo que se propone alcanzar radica en el determinar los supuestos en los que procede en la actualidad el régimen de comunicación regulado en el Código Civil y Comercial en la relación paterno filial y bajo qué condiciones se llevará adelante dicha comunicación.

Se parte de la hipótesis que sostiene que los supuestos y condiciones del régimen de comunicación, entendida como un derecho-deber que asiste al progenitor no conviviente con su hijo, son: en cuanto al supuesto, es el hecho de no convivir con el descendiente. Y las condiciones son: el ejercicio de la responsabilidad parental bajo la modalidad de cuidado indistinto con los deberes que le impone ésta y las precauciones necesarias en pos de la protección del niño, niña o adolescente.

El denominado derecho de visitas con los menores de edad, o mayores discapacitados que contemplaba el derogado Código Civil, es reemplazado por el régimen de comunicación de “ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado” y también de “quienes justifiquen un interés afectivo legítimo” con “personas menores de edad, con capacidad restringida, o enfermas o imposibilitadas” en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Atento a lo dicho, es que frente a este nuevo instituto, resulta de suma importancia conocer la nueva normativa que se establece al respecto, ya que surgen importantes innovaciones. En ese sentido se trae a colación que en las últimas décadas la familia ha ido cambiando, no solo su forma y configuración, sino también su significación para la sociedad. En la familia intacta ambos progenitores cuidan de los hijos, pero suele ocurrir que cuando los padres se separan, sobre uno suele recaer el cuidado y contención cotidiana de los hijos y es – por tanto- doblemente responsable, mientras que el otro, el progenitor visitante, parecería convertirse en un extraño pagador.

Por supuesto que el régimen de comunicación y de relaciones personales entre los sujetos tiene operatividad para el derecho cuando estos vínculos no pueden desarrollarse en forma natural y normal por situaciones de conflicto o crisis en el seno familiar y la intervención judicial apunta a no frustrar el enriquecimiento espiritual y afectivo del niño, como así también el normal desarrollo de su estructura de personalidad.



El Código Civil y Comercial ofrece en la actualidad una regulación clara en cuanto al contenido del derecho - deber de comunicación dentro de la responsabilidad parental. Tal idea atiende que tanto la deficiente como la irregular comunicación entre los padres y los hijos proyectan virtualidades negativas para su crecimiento. Resulta lógico por ende que un cuerpo de derecho común se ocupe de disciplinar un capítulo tan importante en la etapa posterior del cese del matrimonio o de la unión convivencial.

Preliminarmente, cabe indicar que se ha dejado de lado la terminología “régimen de visitas”, como también “tenencia”, por considerarse inadecuadas con los nuevos paradigmas. También que, a diferencia del ordenamiento anterior, que optó por el sistema unipersonal de ejercicio de la patria potestad en los supuestos de separación de los cónyuges, ha consagrado como regla el cuidado compartido del hijo con modalidad indistinta (art 651 del CCyC). El legislador puso de relieve en ese sentido que, aunque el hijo menor de edad resida de manera principal en el domicilio de uno de sus progenitores, las decisiones deben ser tomadas en común y las labores referentes a su cuidado deben ser llevadas a cabo de manera conjunta. Más aún, el art. 654 del CCyC impone en términos claros el deber de comunicar al otro progenitor las distintas circunstancias y situaciones los diversos aspectos esenciales, por los que atraviesa el hijo en común.

En la práctica (en un mundo donde las relaciones humanas son cada vez más complejas) la concreta efectivización del derecho a la comunicación paterno-filial requiere un esfuerzo mayor por parte de los operadores jurídicos para compatibilizar los distintos derechos en tensión que las diversas cuestiones plantean. Se generan planteos en torno al modo y alcance del derecho del niño a vivir con sus padres ante la falta absoluta de convivencia de los progenitores o por conflictos que quiebran la armonía de las relaciones de la pareja.

Uno de los mayores conflictos que se ventilan en los tribunales y que tienen como protagonistas a las parejas que rompen la unión que tenían hasta entonces, es la relativa a la fijación de un régimen de comunicación, sus diversas modalidades y fundamentalmente su incumplimiento, cuestiones estas que exceden los intereses de los involucrados (hijos y progenitores) para impactar en la sociedad.

Establecer un régimen de comunicación, entre el hijo menor de edad y el progenitor no conviviente, provenga este de un acuerdo homologado judicialmente o de una decisión judicial, presupone y exige de parte de la pareja desavenida, la asunción de deberes de carácter complejo para con ellos y fundamentalmente para con sus hijos, ya que a través del

referido régimen no solo es posible asegurar una adecuada relación paterno-materno-filial, sino que de su cumplimiento depende la formación psíquica y espiritual de los niños.

En este orden de ideas, la fenomenología del problema demuestra que el cumplimiento o –más bien- el incumplimiento de lo ordenado por los jueces en esta problemática asume los más variados matices, muy diferentes a lo que ocurre en el ámbito de otros deberes jurídicos, como las obligaciones.

El enfoque constitucional del derecho de familia y la recepción en la Convención sobre los Derechos del Niño, del derechos de estos cuyos padres estén separados a mantener contacto con ambos, debe asociarse a la plena vigencia de los derechos fundamentales de la niñez, teniendo como directriz su superior interés; resaltando la función que están llamados a cumplir los jueces de familia, cuando deben resolver conflictos en los que se encuentre involucrado el régimen comunicacional de los hijos con su padres, en orden a la efectivización de este derecho en el dictado de sus sentencias.

Es por lo que se viene señalando que el presente trabajo proyecta profundizar el derecho a la comunicación contenido en el art. 555 del Código Civil y Comercial y normas consiguientes. Ello además por la incorporación de los instrumentos de derechos humanos en el bloque constitucional (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), los que tuvieron un fuerte impacto entre las relaciones padres e hijos. Por tanto, se expondrá y explicará un derecho que observa conflictos propios y que se funda, entre otros, en el derecho de todo niño, niña y adolescente a mantener vínculo con ambos progenitores, con los parientes y, en definitiva, con todo referente afectivo.

De conformidad a lo precedentemente dicho, a lo largo del trabajo se expondrá cuáles son las consecuencias y efectos que genera el impedimento de una adecuada comunicación entre el progenitor no conviviente con su hijo o hija, en la cual deviene necesario e imprescindible mantener e incrementar el trato y contacto, no solo como derecho del niño y de ambos progenitores sino, también, como “deber de interés y atención” desde la perspectiva de los padres y como “deber filial de ver y comunicarse con sus padres” respecto del hijo.

Para todo ello se decidió escindir la investigación en tres capítulos que abordan desde lo general hasta lo particular: en el capítulo 1 se analizarán cuestiones generales respecto al antes llamado derecho de visitas y su denominación actual como derecho de comunicación; para ello se expondrá su concepto, alcances, características y naturaleza jurídica como así también los sujetos implicados y legitimación para impulsar la comunicación, entre otras cuestiones. En el capítulo 2 se estará al estudio del establecimiento judicial del régimen de

comunicación, para ello se considerará la pretensión de los progenitores, el interés del niño, niña o adolescente, su opinión y edad, como así también se estará a la injerencia del informe del equipo multidisciplinario. También se examinará el proceso del régimen de comunicación, en ese sentido se manifestarán cuestiones tales como la competencia, la intervención del asesor de menores y del abogado del niño, el régimen de comunicación provisorio como medida cautelar y/o como medida autosatisfactiva, entre otras cuestiones. Finalmente, el último capítulo tratará las medidas que pueden adoptarse frente al incumplimiento del régimen de comunicación. Una vez concluida la investigación, se expondrán las conclusiones a las que haya llegado el autor.

En lo que hace a la metodología empleada, se ha escogido un tipo de estudio descriptivo. Se utilizará asimismo un enfoque cualitativo teniendo en consideración que el análisis de los datos o de la información recopilada será de tipo interpretativo conforme se apunta a explorar la legislación actual referida al régimen de comunicación.

En materia fuentes de investigación, se estará al estudio y reflexión sobre la palabra de la doctrina especializada y de la jurisprudencia nacional, valorando como fuente primaria los instrumentos internacionales, en especial la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño y el Código Civil y Comercial de la Nación.

Sobre la estrategia de recolección y análisis de datos empleada es la de revisión documental, que incluye el análisis de las fuentes primarias y secundarias descriptas *ut supra*. Y, el periodo de análisis se hará a partir de la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994.

## **CAPÍTULO 1: REGIMEN DE COMUNICACIÓN**

## **Introducción**

En las últimas décadas la familia ha ido cambiando, no solo su forma y configuración, sino también su significación para la sociedad. La ruptura del matrimonio o de la convivencia determina la adaptación del grupo familiar a una nueva situación, en la que deviene imprescindible mantener e incrementar el trato y contacto afectivo entre padres e hijos no convivientes.

Uno de los mayores conflictos ante las crisis familiares, que tienen como protagonistas a las parejas que rompen la unión que tenían hasta entonces, es la relativa a la fijación de un régimen de comunicación, sus diversas modalidades y fundamentalmente su incumplimiento, cuestiones estas que exceden los intereses de los involucrados (hijos y progenitores) para impactar en la sociedad.

El Código Civil y Comercial (en adelante CCyC) ofrece una regulación clara en cuanto al contenido del derecho y deber de comunicación dentro de la responsabilidad parental. Tal idea atiende que tanto la deficiente como la irregular comunicación entre los padres y los hijos proyectan virtualidades negativas para su crecimiento.

Mediante este primer capítulo, atento a lo dicho hasta aquí, se profundizará en aspectos generales que hacen al régimen de comunicación que observa conflictos propios y que se funda, entre otros, en el derecho de todo niño a mantener vínculo con ambos progenitores, con los parientes y, en definitiva, todo referente afectivo. A tal efecto se expondrá a modo introductorio la definición y caracterización de los derechos y deberes jurídicos para luego pasar a conceptualizar y analizar al régimen de comunicación, su fundamentación legal, sus notas tipificantes, legitimación, entre otras cuestiones.

### **1.1 Derechos y deberes jurídicos**

Toda relación jurídica establece entre los sujetos que la integran vínculos jurídicos, cuyo contenido se compone con derechos subjetivos y deberes jurídicos. En ese sentido, para Zannoni (2002), la relación jurídica familiar es “toda relación que el ordenamiento jurídico establece entre personas, imputando deberes o atribuyendo derechos, interdependientes y recíprocos, para la realización de fines o intereses familiares” (p.45).

En cuanto al contenido de la relación jurídica familiar, se integra con derechos subjetivos y deberes jurídicos, con la particularidad de que en muchos supuestos funcionan de manera conjunta como deberes-derechos, como es el caso de los deberes-derechos recíprocos entre cónyuges y los deberes-derechos que tienen los padres respecto de los hijos

comprendidos en el instituto de la responsabilidad parental (Herrera, 2015). A todo ello se agrega que cuando se define al derecho subjetivo se dice que es la prerrogativa o facultad que tiene un sujeto de exigir a otro u otros una determinada conducta (Vidal Taquini, 1982).

Frente al que tiene la facultad de exigir el cumplimiento de una prestación (titular del derecho subjetivo), se presenta el deber jurídico de la otra parte de satisfacer esa prestación. En ciertos supuestos el deber jurídico es genérico, cuando refiere al deber de respeto que se extiende a todos los individuos que integran la sociedad, como sería el caso del derecho de dominio. En cambio, en el ámbito de los derechos personales, el deber jurídico se encuentra individualizado, quedando comprendidas en este marco las relaciones jurídicas familiares (Herrera, 2015).

Este análisis permite deslindar dos posiciones del individuo frente al derecho objetivo: en una posición activa, como titular de un derecho subjetivo emanado del derecho objetivo y en una posición pasiva, como titular de un deber jurídico. La descripción que antecede, se completa con los supuestos donde el titular de un derecho subjetivo tiene al mismo tiempo un deber jurídico que emana del mismo (Herrera, 2015).

Tras este encuadre general, se pueden definir los derechos subjetivos familiares como las facultades que las normas jurídicas familiares conceden a la persona con el fin de proteger y hacer valer sus intereses legítimos emanados de las relaciones jurídicas familiares. En esta dirección, Méndez Costa (2008) señala que los derechos subjetivos familiares son, “los poderes reconocidos a las personas para la satisfacción de sus intereses como miembros de la familia, protegidos por la ley en su condición de factores relevantes en la gestión del bien común” (p.79).

### **1.1.1 Caracteres de los derechos subjetivos familiares**

En cuanto a los caracteres de los derechos subjetivos familiares, es preciso destacar que cada uno presenta particularidades que le son propias y que se corresponden con la finalidad que persiguen. No obstante, comparten como caracteres comunes de acuerdo a lo que explica Fanzolato (2007), a quien se sigue para la mención y breve interpretación de los mismos:

a) Extrapatrimoniales: no forman parte del patrimonio de la persona, aun cuando puedan derivarse efectos patrimoniales de su ejercicio. Entre los ejemplos, puede citarse los actos de administración que realicen los padres sobre los bienes de los hijos menores de edad, en el carácter de titulares de la responsabilidad parental.

b) Inherentes a la persona: el ejercicio de los derechos subjetivos y su reclamo, recae exclusivamente en su titular. Si bien en algunos supuestos un tercero puede actuar por representación, siempre lo hará en nombre del titular. Esta situación se presenta con frecuencia en el marco de las relaciones parentales, donde los padres ejercen en representación del hijo acciones de estado o de ejercicio de estado, dirigidas a la protección de sus derechos, como sería el caso del planteo de una acción de filiación y/o el reclamo de alimentos al otro progenitor obligado.

c) Relativos: el ejercicio de estos derechos subjetivos sólo puede hacerse exigible sobre quienes son partes del vínculo familiar: cónyuges, padres-hijos, parientes. Es decir, el poder se ejerce sobre determinadas personas, no otras; en este caso son los miembros del núcleo familiar.

d) Intransmisibles: este carácter se asocia a la inherencia personal de esta clase de derechos e indica que no pueden ser objeto de transmisión por actos entre vivos o *mortis causa*. Así, no puede cederse la calidad de cónyuges, de padre, de hijo, de abuelo, de tío, entre otros estados de familia.

En efecto, los derechos subjetivos familiares nacen con el emplazamiento en determinado estado y terminan con el estado mismo, con la excepción de aquellos derechos sobre los cuales se establece un plazo de caducidad, como sería el supuesto de los plazos dispuestos para el planteo de una acción de nulidad relativa del matrimonio y/o los plazos para el planteo de las acciones de filiación.

e) Irrenunciables: estos derechos no sólo están pensados en el interés particular del titular, sino también, en función del interés familiar. Esta amplia perspectiva es la que permite comprender este carácter de irrenunciabilidad, puesto que la posibilidad de renunciar a los mismos en muchas situaciones pondría en riesgo la estructura familiar. A modo de situaciones posibles, podría citarse la posibilidad de que los cónyuges renuncien al deber - derecho de asistencia recíproca o bien que los progenitores renuncien al derecho-deber de educar a sus hijos.

f) Imprescriptibles: los derechos subjetivos no prescriben por el transcurso del tiempo. En el marco del tema que aquí ocupa podría presentarse el supuesto del progenitor no conviviente que después de un tiempo prolongado de no tener contacto con su hijo, reclame el establecimiento de un régimen de fluida comunicación.

g) Vitalicios o temporarios: los derechos subjetivos familiares dependerán de los cambios que se presenten en el devenir de las relaciones jurídicas familiares donde se

insertan. Un claro ejemplo se encuentra en el cese de los derechos subjetivos familiares cuando se hace lugar a la acción de impugnación de la filiación matrimonial.

### **1.1.2 Derechos subjetivos familiares. Clasificación**

Una vez caracterizados los derechos subjetivos familiares, es menester clasificarlos. Para ello, se sigue a Zannoni (2002) quien explica que los derechos subjetivos familiares pueden dividirse en dos sectores:

a) Derechos subjetivos familiares en interés propio: son aquéllos derechos otorgados a su titular considerándole prerrogativas que le son inherentes a su persona y sobre los cuales tiene poder de decisión; pueden ser derechos de alcance personal como patrimonial. En las relaciones de parentesco, puede señalarse a modo ilustrativo el reclamo de una prestación de alimentos entre quienes quedan comprendidos en la obligación alimentaria entre parientes o el reclamo para mantener contacto y comunicación fluida con la persona con la que no se convive.

b) Derechos subjetivos familiares en interés ajeno: están reglados en aras de la protección de intereses ajenos. Son los propios de las relaciones entre padres e hijos que quedan comprendidos en el instituto de la responsabilidad parental y que se desprenden de la definición del instituto contenido en el CCyC: “La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos...” (art. 638). Como ejemplos, pueden enunciarse los deberes-derechos de contenido personal y patrimonial que hacen al contenido del instituto: educación, crianza, asistencia, alimentación, cuidado, facultades de corrección, administración de los bienes de los hijos.

## **1.2 El actual término derecho de comunicación**

Uno de los cambios sustanciales que presenta el CCyC, que refleja el especial cuidado puesto por la Comisión Reformadora a la hora de su redacción, está dado por el uso y selección del lenguaje empleado al largo de su texto. Así, con el convencimiento de que el lenguaje expresa un sistema de valores que subyace a las palabras, circunstancia que lo hace ajeno a toda neutralidad (Fernández, s.f), se decide sustituir “derecho de visitas” por “derecho de comunicación”.

La crítica a la terminología utilizada por el Código Civil fue señalada con anticipatoria claridad por Guastavino (1976), quien argumentaba que “hay que advertir que la denominación derecho de visitas, en el ámbito jurídico familiar, no refleja del todo el



profundo contenido de ese derecho, que posee una trascendencia espiritual superior a lo material...” (s.d).

Por su lado, Molina de Juan (2014) también supo poner de manifiesto que

No se trata de 'visitar al otro', de ir al lugar donde está el otro, y junto a él, generalmente quien se opone a ese contacto, sino más bien de comunicarse en un contexto que permita alcanzar una adecuada intimidad; de rescatar un vínculo afectivo o de generar un espacio de interacción que permita construir y sostener lazos positivos para la vida de los niños o las personas con discapacidad. Por eso, es responsabilidad del Estado proveer ayuda y colaboración para garantizarlo, sea en forma directa o indirecta (s.d).

Surge de los fundamentos de la Comisión Reformadora (2014) que el régimen de comunicación “involucra por igual a dos personas que no se visitan pero que se relacionan, se comunican, y profundizan vínculos afectivos fundados, principalmente en el parentesco” (p.585).

En este punto, se traen a colación las palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que, refiriéndose a la “visita familiar” ha dicho que es “un elemento fundamental del derecho a la protección de la familia (...) el apoyo familiar va desde lo afectivo y emocional hasta el apoyo económico<sup>1</sup>”. En este caso, si bien la Corte IDH trata las visitas a las personas privadas de libertad por parte de sus familiares, los conceptos vertidos en la sentencia son de utilidad para comprender la importancia y el alcance que reviste el régimen comunicacional en general.

Sostiene Mizrahi (2015) que el vocablo visitas no refleja su verdadero contenido. Claro está que aquella expresión resulta insuficiente, dado que, al decir del mentado autor con quien se coincide, no expresa correctamente una relación entre personas que es mucho más rica que la mera posibilidad de visitar a un niño (o a un pariente o a alguien con quien se tenga un vínculo socioafectivo cercano); como por ejemplo compartir experiencias, tener convivencias de días o semanas, y comunicarse también telefónicamente, por medios electrónicos (e-mail, chat, redes sociales, etc.).

Entonces, dado el amplio contenido que el instituto ha adquirido con el correr de los tiempos y hasta la actualidad, las simples visitas han quedado reducidas a situaciones excepcionales (en las cuales el progenitor no tiene otra alternativa que ver a su hijo donde éste reside) y está prevista como un medio poco adecuado a los fines de que no se interrumpa el contacto entre padre e hijo (Roveda y Medina, 2016).

---

<sup>1</sup>CorteIDH, “CasoNorinCatrimanyotros(Dirigentes,miembrosyactivistasdelPuebloMapuche)v.Chile”,29/4/2014.R.ecuperadoel14/11/2018dewww.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\_279\_esp.pdf.

En términos puros, el régimen de comunicación es considerado como un derecho-deber, así bien existe un derecho del hijo a relacionarse con su padre, lo que guarda estrecha relación con el deber del progenitor de comunicarse con aquél.

Ahora bien, como afirma Otero (2011) cuando se refiere a la relación materno-paterno-filial, se hace alusión a un derecho y un deber (art. 652, CCyC); por el contrario, cuando la comunicación se reclama respecto a otros parientes o interesados, la mención es sólo a un derecho de comunicación (art. 555, CCyC).

### **1.2.1 El bloque constitucional-convencional como punto de partida del derecho de comunicación**

Surge del Código Civil y Comercial, la innovación profunda al receptor la constitucionalización del derecho privado. Ello es base y fundamento del artículo 1 del CCyC que se configura como el pilar estructural del cuerpo legal más importante del derecho privado argentino (Herrera y Carmelo, 2016), norma que en forma categórica establece: “. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en que la República sea parte...”.

La constitucionalización del derecho privado es, entonces, el punto de partida, pues la nueva normativa debe ser interpretada de conformidad con aquéllos preceptos contenidos en el bloque constitucional-convencional. Va de suyo que por ende es desde este enfoque que se pretendió abordar el régimen comunicacional entre personas unidas por un vínculo afectivo, sean parientes o no (Giovanneti y Ricolfi, 2015).

El derecho de comunicación “...se trata de un derecho intrínsecamente conectado con el derecho humano a la vida familiar, pilar estructural de toda esta reforma que recoge el mandato de los tratados internacionales de derechos humanos...” (Molina de Juan, 2014, s.d). Encuentra sustento en el art. 14 *bis* de la Constitución Nacional, por cuanto el tercer párrafo consagra la protección integral de la familia (Faraoini, 2015) Obedece, además, a otro postulado del sistema constitucional que arraiga los derechos humanos: la solidaridad familiar (Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lloveras, 2014).

La Corte Interamericana de Justicia, en su opinión consultiva 21/2014, establece:

La familia a la que toda niña y niño tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, incluyendo a los familiares más cercanos, la cual debe brindar protección a la niña o al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado. No obstante, la Corte recuerda que no existe un modelo único de familia. Por ello, la definición familia no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar sólo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales... más aún, en el contexto migratorio, los 'lazos familiares'

que pueden haberse constituido entre personas que no necesariamente sean jurídicamente parientes<sup>2</sup>.

Es preciso hacer referencia a que el *corpus iuris* constitucional-convencional reconoce el derecho a la vida privada y familiar y, como contrapartida, el derecho a recibir protección de la ley contra toda injerencia arbitraria o ataque ilegal en el ámbito personal y familiar<sup>3</sup>; intromisión que puede provenir del Estado, de otros miembros de la sociedad e incluso de los mismos integrantes del grupo familiar.

Explica Sarquis (2015) que en muchos de los casos que llegan a los estrados judiciales para ser dirimidos, la restricción al régimen comunicacional se presenta como una injerencia arbitraria en la vida familiar de niños, niñas y adolescentes, personas con capacidad restringida, personas mayores capaces pero que se encuentran enfermas o imposibilitadas, en tanto la oposición esgrimida por el cuidador suele tener su raíz en el ejercicio abusivo y anti-funcional de la responsabilidad parental, de la función asignada al tutor o curador o en el ejercicio arbitrario de la función de cuidado delegada a terceros. Comparativamente señala el autor citado, son muchos menos los casos en que la resistencia se opone con la verdadera intención de configurarse como una medida de protección a la salud física o psíquica de la persona que se cuida y protege y a la que asiste el derecho de comunicación.

### **1.3 Régimen de comunicación. Concepto y alcances.**

El Código Civil y Comercial, explica Marisa Herrera (2014), utiliza la locución derecho de comunicación en lugar de régimen de visitas, en el entendimiento que la primera noción refleja adecuadamente la posibilidad de vinculación entre los parientes o terceros con interés afectivo legítimo que no conviven, por tanto no se encuentra confinada a una mera relación superficial, sino a la posibilidad de mantener, preservar y desarrollar los lazos familiares y afectivos.

Este derecho de comunicación encuentra sustento en el art. 14 *bis* de la Carta Magna, por cuanto en su tercer párrafo promulga la “protección integral de la familia” sin limitar esta noción (Gelli, 2011), motivo por el cual constituye un derecho de raigambre constitucional.

---

<sup>2</sup> Opinión consultiva 21/2014, "Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional", de fecha 19/8/2014, párr. 272

<sup>3</sup> Ambos expresamente reconocidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. VI); Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 12); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 17 y 23); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10); Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 11, 17 y 19); Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 5, 7, 8, 9, 16, 20 y 21); Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 23) y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (art. 12, apart. c ii y iii, y 16).

El régimen de comunicación entre los parientes se encuentra reglado por el art. 555 del CCyC que dispone:

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 estos 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.

Asimismo, en el precepto 556 del CCyC, se establecen “Otros beneficiarios. Las disposiciones del artículo 555 se aplican en favor de quienes justifiquen un interés afectivo legítimo”.

La comparación de estas normas con las previsiones del art. 376 *bis* del derogado código velezano, permite advertir que la novel reglamentación sustituye la referencia expresa a los parientes que se deben recíprocamente alimentos, contenida en el Código Civil por una enunciación específica de las personas a las que se les reconoce el derecho de comunicación. Ello parece obedecer a desligar el derecho de comunicación de la obligación alimentaria, y no obstante mantengan algunas similitudes.

Además, al decir de Lloveras y Orlandi (2011) se extiende el derecho de comunicación a aquellas personas que justifiquen un interés afectivo legítimo. Esta idea de “referentes afectivos” fue introducida en el art. 7° del dec. 415/2006 que reglamenta la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

El derecho de comunicación entre los parientes es uno de los típicos derechos-deberes familiares, porque no se trata de modo alguno de un derecho puro que ostente el individuo en su interés propio y particular. Es en sí un derecho instrumental que la ley le facilita al titular para la observancia de un deber correlativo (Fanzolato, 2004).

De ese modo, los arts. 555 y 556 del CCyC sistematizan la obligación que recae sobre los progenitores de personas menores de edad, con capacidad restringida, o enfermas o imposibilitadas, de permitir la comunicación de los mismos con sus ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales, parientes por afinidad en primer grado, y con quienes ostenten un interés afectivo legítimo.

La finalidad del derecho de comunicación, atento a lo que se viene señalando, anda y desanda por el camino de los deberes de asistencia familiar, del apoyo moral, espiritual o material, del contacto personal y la preservación de los afectos. En suma, transita el carril del afianzamiento de los vínculos familiares o afectivos entre parientes o terceros con interés afectivo cuando ellos no convivan (Herrera, 2015).

No se evita afirmar que este derecho de comunicación entre los parientes también comprende a las personas menores de edad, lo cual produce correr el planteo a la esfera de la responsabilidad parental en los supuestos de cuidado personal unilateral del hijo (Basset, 2015). En este sentido, el art. 641 inc. b) del CCyC dispone que en caso de cese de la convivencia, divorcio o nulidad del matrimonio, el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde a ambos progenitores, agregando que por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a sólo uno de ellos, o establecerse distintas modalidades.

De tal fundamente, en el CCyC el principio general es el ejercicio compartido de la responsabilidad parental luego de producido el cese de la convivencia de los progenitores.

Por su parte, el art. 649 del CCyC establece las distintas clases del cuidado personal de los hijos cuando los progenitores no conviven, el cual puede ser asumido por un progenitor o por ambos. La regla es el cuidado personal compartido y la excepción el cuidado personal unilateral. El cuidado personal es definido en el art. 648 del mismo cuerpo legal como los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo (Herrera, 2015).

Las modalidades del cuidado personal compartido son el alternado, cuando el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia; y el indistinto cuando 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, con independencia del lugar donde el niño reside (art. 650 del CCyC.) (Herrera, 2015).

El juez, a pedido de uno o ambos progenitores, e incluso de oficio, debe otorgar como primera alternativa el cuidado personal compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo (art. 651 del CCyC) (Cataldi, 2014).

En el supuesto del cuidado personal atribuido a uno de los progenitores, el otro tiene el derecho y el deber de una fluida comunicación con el hijo no conviviente (art. 652 del CCyC), y a esos efectos el juez debe ponderar al definir el cuidado: a) la prioridad del progenitor que facilita el derecho mantener trato regular con el otro; b) la edad del hijo; c) la opinión del hijo; y d) el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo (art. 653 del CCyC) (Herrera, 2015).

En definitiva, estas particularidades del derecho de comunicación lo posicionan como un derecho subjetivo familiar recíproco, que da prioridad al establecimiento

y al mantenimiento del vínculo entre dos personas, en pos de profundizar los vínculos afectivos, principalmente, en el parentesco (Molina de Juan, 2012).

### 1.3.1 Fundamento legal

El régimen de comunicación entre los parientes no tiene un origen legal definido, pero su data es larga en el derecho aplicado ya que surge de la tarea jurisprudencial (Faraoni, 2015)

Este derecho nació como un producto de creación pretoriana a través de una sentencia de la *Cour de Casation* francesa en el año 1857. A través de la misma se modificó la dirección admitiendo el derecho de visitas a los abuelos. Tras algunos proyectos legislativos fue incluida en el ordenamiento francés a través de la reforma del mes de julio de 1970, en el art. 371.4 del *Code*, reconociendo que, salvo causas graves, los padres no pueden obstruir las relaciones personales de sus hijos con los abuelos, y aun, en situaciones excepcionales, con otras personas, sean o no parientes (Makianich de Basset, 1993).

En Argentina el primer antecedente data del año 1927, y los motivos por los que se le otorgó reconocimiento judicial a este derecho estaban dados en el hecho que los padres no podían ejercer abusivamente la patria potestad, puesto que sus facultades no eran absolutas. Ello condujo indudablemente al reconocimiento del derecho del abuelo de gozar de sus nietos (Faraoni, 2015).

Este derecho de visitas tuvo consagración legislativa en el año 1975 cuando se sancionó la ley 21.040, explica Basset (2015). Y dicha legislación incorporó al derogado código el art. 376 *bis* del que se deriva el derecho de visitas respecto a otros parientes, que no son los progenitores, cuando se deban mutuamente alimentos. Asimismo regló la posibilidad de la oposición fundada en posibles perjuicios a la salud moral o física de los interesados, en cuyo caso corresponde al juez determinar el régimen comunicacional más conveniente (Famá, 2011).

Con respecto a la jurisprudencia, esta se ha expedido alegando que el fundamento de este derecho otorgado a los parientes radica en la conveniencia social de mantener la solidaridad familiar<sup>4</sup> y en la necesidad de proveer al bien de las personas, que por razón de la escasa edad o alguna discapacidad (incapaces, enfermos o ancianos), pueden ser alejados e incomunicados del resto de su familia<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> C.Apel.Civ, Com.yMineria.San Juan, SalaI, “.M., L.M. c S.Z., R.M.A”, 29/04/2011 laleyonline.com

<sup>5</sup> CNCiv., sala I, “G. de V., M. y otro c. V., P. C.” 23/8/2005, Actualidad Jurídica de Córdoba - Familia && Minoridad, vol. 24, p. 2523

Ya se ha dicho que el derecho de comunicación emerge del art. 14 *bis* de la Constitución Nacional, en lo que atañe a la protección integral de la familia. Asimismo, desde la obligada perspectiva de los derechos humanos, el art. 8.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de rango constitucional (art. 75 inc. 22, CN) hace alusión a la preservación de las relaciones familiares; al igual que el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (art.10) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art.23.1).

En lo que se refiere a la comunicación con parientes que no tienen obligación alimentaria y la de los terceros con interés afectivo legítimo, a más de tener sustento en el art. 14 bis de la Constitución, al decir de Faraoni (2015) también se encuentra sustento en el art. 19 de dicho cuerpo legal. Va de suyo que por dicho precepto constitucional no hay prohibiciones donde la ley no las contempla, por lo que si una norma no reglamenta nada de modo expreso no cabría la denegación legal o judicial, debiendo estarse a favor de la legitimación para reclamar el derecho y no afectar el derecho de acceso a la justicia (Ekmekdjian, 2016).

#### **1.4 Características del derecho de comunicación**

En este apartado del primer capítulo, ya habiendo quedado esclarecida la cuestión conceptual y legal del derecho de comunicación, es imperioso exponer las características que reviste a este instituto ya que las mismas son distintivas de todo otro vínculo fundado en el contacto y la comunicación entre parientes y/o personas con relación socioafectiva.

Entre ellas se detallan las siguientes, todo de acuerdo a Herrera (2015):

a) Provisional: en tanto este derecho es esencialmente modificable según las circunstancias de cada caso concreto.

b) Irrenunciable: de conformidad a que importa un derecho irrenunciable por su propia naturaleza, y atento a que se trata del orden público y el interés familiar.

c) Inalienable: ya que no puede ser cedido a quien no resulte ser su titular legítimo.

d) Imprescriptible: y no susceptible de caducidad, dado la inexistencia de una norma que lo autorice.

e) Intransmisible: en virtud de que se acuerda en relación a la persona a la que se le otorga, y por ende excluye la posibilidad de su ejercicio por quien no sea titular.

f) Doble titularidad: ya que se trata de un derecho recíproco que comprende por un lado el derecho a la comunicación y por el otro el derecho a gozar de esa comunicación (Taraborelli, 1997).

### **1.5 Sujetos implicados en el derecho de comunicación. Legitimación activa y pasiva**

Los arts. 555 y 556 del CCyC establecen que son legitimados del derecho de comunicación los ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales, parientes por afinidad en primer grado, y a quienes justifiquen interés afectivo legítimo, con relación a los que tienen a su cargo el cuidado de personas menores de edad, con capacidad restringida, enfermas o imposibilitadas.

Explica Faraoni (2015) que hay tres categorías de sujetos legitimados: a) Activos: quienes pueden solicitar el derecho de comunicación; b) Las personas destinatarias del derecho de comunicación; y c) Pasivos: quienes deben permitir o facilitar el derecho de comunicación. Atento a ello, a continuación se amplía cada categoría.

a) Legitimados activos: debe distinguirse entre los titulares de genuinos derechos subjetivos a la comunicación y los titulares de intereses afectivos legítimos en ese sentido o referentes afectivos.

Las personas referidas en los arts. 555 y 556 del CCyC son los parientes (ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y afines en primer grado), y quienes justifiquen un interés afectivo legítimo, cuando se presenta un conflicto con aquellos que tienen bajo su cuidado a las personas menores de edad, con capacidad restringida, enfermas o imposibilitadas (Mizrahi, 2015).

En relación a los parientes enumerados por la norma, se trata de aquellos enlazados por vínculos alimentarios recíprocos de fuente legal (arts. 537 y 538 del CCyC), quienes a la vez resultan titulares de derechos subjetivos a la comunicación (Basset, 2015). En otras palabras, podrán reclamar este derecho de comunicación los abuelos, bisabuelos, hijos, nietos, hermanos sin distinción, y también los parientes por afinidad en primer grado (padre afín/hijo afín; suegros/ yernos y nueras) (Mizrahi, 2015).

En ese aspecto se expresó previo a la aprobación del proyecto del nuevo Código, que el art. 555 ha tratado de superar los problemas que genera la fórmula del art. 376 *bis* del Código Civil, enumerando taxativamente a las personas a quienes se les reconoce el derecho de comunicación, (ascendientes, descendientes, hermanos y parientes por afinidad), con la



finalidad complementaria de evitar toda especulación e intento de sujeción del derecho de comunicación a la obligación alimentaria (Basset, 2012).

Respecto a las personas con interés afectivo legítimo, quedan incluidas todas aquellas, ya sea que se trate de parientes que carecen de derechos subjetivos o terceros, los cuales pueden invocar un legítimo provecho para el establecimiento del derecho de comunicación, basado en un estrecho vínculo que se asemeja al que se tiene con un familiar (Pelegrina y Mignon, 2018).

Entre los parientes que pueden tener un interés afectivo legítimo pueden citarse a todos aquellos parientes no vinculados por deberes alimentarios recíprocos, y por lo tanto no comprendidos en la enunciación de los arts. 537 y 538 del CCyC. De esto se advierte que se trata de una categoría amplia y variada, siendo esperable la posibilidad de reconocimiento del derecho a los padrinos, los padres de crianza, y aquellas personas que han compartido y forjado con el beneficiario auténticos vínculos de afectos que merecen preservarse (Fleitas Ortiz de Rozas y Roveda, 2004).

b) Las personas destinatarias del derecho de comunicación: ellas son las personas menores de edad, las personas con capacidad restringida, las personas enfermas, y las personas imposibilitadas.

En cuanto a las personas menores de edad, los progenitores que ejercen el cuidado personal unilateral del hijo, los tutores y aquellos que de hecho o derecho poseen a su cargo el cuidado de personas menores de edad, deben permitir la comunicación de éstos con los parientes o terceros legitimados legalmente que lo soliciten. En ese sentido la jurisprudencia ha dicho que

la adecuada comunicación que el derecho asegura al menor con su familia, se ejerce justamente, entre otras formas, con las visitas personales, que conforman así un derecho-deber familiar. Esa facultad es funcional, pues sirve para simplificar la observancia de los deberes señalados impuestos en beneficio de la correcta integración de la personalidad de la menor, que requiere la figura de ambos esquemas familiares: el maternal y el paternal, y la colaboración asistencial<sup>6</sup>.

También se encuentran comprendidos las personas mayores de edad, con capacidad restringida, enfermas o imposibilitadas, en clara armonía con el sistema de capacidad que se fija en el Título Primero (arts. 24 y 32 del CCyC) (Leiva Fernández, 2015), quienes resultan beneficiarios del derecho de comunicación a los efectos del establecimiento o mantenimiento de relaciones interpersonales con sus parientes o referentes afectivos (Basset, 2015).

---

<sup>6</sup> Juzgado 2ª Nominación de Río Cuarto, Córdoba, "C. M. s/ Medida cautelar autosatisfactiva", 24/12/2004, Actualidad Jurídica de Córdoba - Familia & Minoridad, vol. 12, p. 1248

El CCyC extiende el derecho a la comunicación con menores de edad, con capacidad restringida, enfermas, o imposibilitadas en favor de quienes justifiquen un interés afectivo, concepto que se reitera en varias oportunidades a lo largo de todo el articulado. Pero cabe preguntarse, ¿a quiénes se refiere la norma cuando habla de interés afectivo legítimo? Dicho concepto es muy amplio y hasta ambiguo, ya que el afecto es un sentimiento. El dec. 415/2006, reglamentario de la ley 26.061 en su art. 7º asimila al concepto de familia a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos afectivos o significativos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección.

En este orden de ideas, se puede citar a modo de ejemplo: a) a sus padrinos y/o madrinas, en un sentido religioso; b) al ex conviviente del progenitor que convivía con los hijos menores de su pareja y colaboró en su crianza; c) a las personas que mediante una relación de amistad con los progenitores de los menores que tienen un trato de tío/sobrino con ellos; entre otros, que en definitiva quedará a criterio del juez que entienda en la causa (Basset, 2015).

c) Legitimados pasivos: las personas que deben permitir o facilitar el derecho de comunicación. Conforme el precepto legal (art.555 del CCyC), los legitimados pasivos son los progenitores o tutores de las personas menores de edad, los curadores de las personas mayores de edad o con capacidad restringida, y quienes tengan a su cuidado personas mayores de edad enfermas o imposibilitadas. Ellos deberán permitir la comunicación de la persona a su cargo con los parientes legalmente asignados o con el tercero con interés afectivo legítimo que la requiera, salvo justa causa de oposición que deberá ser resuelta en sede judicial.

Ahora bien, siguiendo el lineamiento del antiguo art. 367 bis del código de Vélez, puede observarse que el legislador argentino optó por obligar a las personas que tenga a su cargo a menores de edad, con capacidad restringida, enfermas o imposibilitadas a permitir la comunicación de éstos con sus ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado, es decir a todos aquellos que tengan un derecho alimentario recíproco (arts. 537 y 538 del CCyC).

Además, se deja librado a la prudencia de los jueces las modalidades de ejecución de este derecho, es decir, el tiempo, modo y lugar (Herrera, 2015). Por otra parte, se otorga a los padres la posibilidad de oponerse al pedido cuando entendieren que ello puede ser perjudicial, estableciéndose que el juicio de pedido y la eventual oposición tramitará con arreglo al proceso más breve que prevean las leyes locales. Dicha oposición deberá ser fundada y estará

en cabeza del oponente la carga de la prueba que la comunicación con la persona que la pretende puede ocasionar un perjuicio grave en el niño, niña o adolescente (Basset, 2015).

### **1.6 Régimen de comunicación y la preservación de la integridad del niño.**

Cualquiera que sea el régimen de contacto que se regule, los hijos han de transitar por un inevitable proceso de adaptación; sencillamente porque, al producirse el cese de la comunidad de vida de los padres de la unicidad hogareña a la que estaban habituados pasarán a un sistema dual; esto es, la existencia de dos viviendas familiares (la de uno y otro progenitor) a las que los niños estarán conectados con una mayor o menor intensidad; lo que ocurrirá aun cuando se decida o convenga un régimen de cuidado compartido alternado (art. 650 del CCyC).

De lo dicho se desprende que, en aras de preservar un mínimo de estabilidad emocional en los hijos, sería bueno que los insalvables cambios que se han de producir no acontezcan bruscamente sino de una manera paulatina, pues es sabido que en estas cuestiones está en juego la formación equilibrada de su personalidad; por lo que debe evitarse que se les ocasionen daños psíquicos que, tal vez, puedan resultar irreversibles. En esa tesitura, precisamente, Belluscio (2010) ha dicho que “lo ideal sería conseguir que el contacto del hijo con uno y otro padre se asemeje en lo posible a la comunicación que aquél tenía con ambos progenitores cuando la pareja permanecía unida” (p. 113).

Sin duda, vale la pena destacar que la comunicación materna o paterno-filial requiere, antes que todo, de relaciones personales y regulares. Su objetivo, por ende, es que se consolide un vínculo afectivo con ambos padres con la mayor plenitud factible, tras el mantenimiento de un trato fluido y estable que permitirá que se robustezca a diario la relación y que ambos padres puedan ejercer su rol y función de la manera más eficaz. La idea, entonces, es reparar el conflicto provocado por la ruptura de la unión de los padres.

Es más que elocuente que cada régimen de comunicación tendrá sus particularidades, pues deberá adecuarse a las características de sus protagonistas y demás circunstancias de forma, lugar y tiempo, habida cuenta que, en función de esos factores, han de variar las necesidades a satisfacer. Ello comporta, desde el vamos, que habrá que sortear las dificultades que inevitablemente se presentarán si realizamos consideraciones abstractas y *a priori*.

### **1.7 Modalidad de cumplimiento.**

Anteriormente se hizo alusión a que el ejercicio del derecho de comunicación queda al arbitrio prudencial de los magistrados en cuanto a las condiciones de tiempo, lugar y forma.

Así, las circunstancias concernientes al tiempo, dígame los días y horas en que puede concretarse la comunicación, deben determinarse conforme al interés del pariente o referente afectivo que será beneficiado y el caso concreto. De allí que las diferentes modalidades temporales puedan quedar sometidas a las más variadas contingencias y circunstancias personales. A ello se agrega que el régimen puede estar detalladamente establecido mediante la fijación de días y horas para evitar conflictos o tratarse de un contacto más flexible y ágil que permita mayor libertad el cual dependerá en gran medida del grado de tolerancia que exista entre las partes (Faraoni, 2015)

En lo que respecta al lugar, ha dicho Faraoni (2015) que el contacto puede llevarse a cabo en la residencia de la persona que tiene ese derecho, en el domicilio del destinatario, o en otro lugar. Excepcionalmente, y cuando la gravedad del hecho lo requiera, el derecho de comunicación podrá hacerse efectivo en establecimientos públicos o privados o en sede judicial, o bien en lugares neutrales para las partes mediando el soporte y control de equipos interdisciplinarios.

Sobre la forma en que se concreta el derecho de comunicación, al decir de Faraoni (2015) debe obedecer a las realidades de los individuos. Para ello se atenderá con especial énfasis al fortalecimiento del vínculo familiar y a mantener un contacto estable, por lo que la forma estará sujeta a una diversidad de variables.

Puede acordarse una comunicación restringida o una amplia. En el primer caso se pactarán los detalles de las diferentes circunstancias a la deberán subordinarse los involucrados, con el propósito de evitar cualquier tipo de conflicto. Y si se trata de una comunicación amplia, donde no hay restricciones, ella será de este modo por advertirse un alto grado de comprensión y adaptabilidad de los interesados frente a cambios que pudieren surgir (Faraoni, 2015).

Se insiste, cualquiera sea la modalidad adoptada para el ejercicio del derecho de comunicación, su carácter provisorio es el que en realidad permitirá su revisión y adecuación a las circunstancias que se presenten y a las diferentes situaciones que pudieren devenir con el tiempo y los propios sujetos.

### **Conclusiones parciales**

Las modificaciones introducidas al ordenamiento jurídico argentino tras la entrada en vigencia del CCyC en lo referido al derecho de comunicación dan acabada muestras de la recepción de las tendencias doctrinarias y jurisprudenciales existentes en la materia. Tarea legislativa loable.

Ya el propio cambio terminológico de la noción visitas por comunicación puede considerarse como una modificación nada menor. Ello en tanto no sólo permite revalorizar la relación desde la perspectiva jurídica en total consonancia con la importancia del rol social que asume esta interacción; sino que además se condice con la integralidad y análisis sistémico que subyace en las dinámicas familiares

En ese cometido, en el derecho vigente tras la novel regulación que trajo aparejada el CCyC, la procedencia del régimen de comunicación resulta comprensiva de una pluralidad de personas vinculadas por la obligación alimentaria recíproca, es decir, con base en el parentesco. Pero también incluye la preservación del contacto y la subsistencia de los vínculos afectivos que no están dados por ese parentesco, cuya importancia social ya no se discute.

En conclusión, los cambios propuestos por el legislador argentino en materia de derecho-deber de comunicación que se han analizado en este capítulo lucen impregnados de importantes avances que propiciarán una mayor eficacia de los derechos reconocidos a los vínculos parentales y afectivos.

## **CAPÍTULO 2: ESTABLECIMIENTO Y PROCESO DEL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN**

## **Introducción**

Una de las tantas cuestiones que son materia de opiniones divergentes es si los regímenes de comunicación deben ser o no muy reglamentados. Desde luego, en ese caso se hace referencia a los casos que llegan a la justicia dado que, si reina armonía y entendimiento en la pareja que se ha separado, los padres se encuentran en condiciones de acordar entre sí cómo han de ser los encuentros con los hijos comunes, sin necesidad alguna de auxilio del tribunal. Es que el establecimiento de un régimen de contacto a través de los tribunales, y la consecuente necesidad de acudir a éstos para obtener su cumplimiento, contraría el devenir normal de la convivencia; dentro de cuyo contexto la comunicación debería formar parte de la rutina diaria, sin necesidad de la intervención de otras personas.

Atento a lo expuesto, este segundo capítulo tratará de explicar los modos en que se establece el régimen comunicacional, como así también algunas cuestiones esenciales en torno al proceso para concluir señalando las vicisitudes que pueden presentarse en materia del ejercicio del derecho-deber de comunicación.

### **2.1 Establecimiento del régimen de comunicación mediante sentencia judicial**

El régimen de comunicación no es uno; todo lo contrario; y ello es lo que se señalará en este apartado. De acuerdo a Belluscio (2016), se puede afirmar que existen diferentes formas que puede adoptar el régimen de comunicación:

- a) Sin restricciones: buscando favorecer la relación y la comunicación entre visitante y visitado.
- b) Restringido: cuando se acrediten situaciones que perjudiquen el bienestar del niño, por ejemplo por violencia familiar.
- c) Con supervisión: llevada a cabo por un tercero o el progenitor conviviente.
- d) Impuesto por la fuerza pública: no recomendable por la fuerte exposición que sufren las partes, ya partiendo de la obligatoriedad.
- e) Virtuales: cuando existen grandes distancias entre los domicilios, se puede hacer valer el avance tecnológico imperante para poder comunicarse.

Ahora bien, en lo que respecta al régimen de comunicación establecido mediante sentencia judicial, el juez deberá tener en cuenta: la intención de los progenitores; el interés superior del niño; el derecho a ser oído del niño; la edad del menor de edad ya que no es lo mismo un niño de dos años a uno que tenga ocho años, porque tendrán diferentes necesidades; informe del grupo multidisciplinario de profesionales, los que deben ser especialistas en la

materia, sus dictámenes no son vinculantes para la decisión que tomara el juez; y las circunstancias del caso en concreto, ya que cada causa será diferente a las otras (Belluscio, 2016).

Una vez mencionadas las circunstancias que deberá tener en cuenta el juez previo a resolver en materia de régimen comunicacional, acto seguido se analizarán pormenorizadamente las mismas con el propósito de comprender a cada una de ellas y advertir su relevancia y el por qué son las que delimitan lo que podrá definirse en la sentencia.

### **2.1.1 Pretensión de los progenitores**

De acuerdo a Belluscio (2016) las pretensiones de los progenitores son uno de los principales parámetros que el juez debe tener presente al momento de resolver, respetando la voluntad de aquellos, o sus intereses, siempre y cuando ello sea también lo más conveniente para el hijo. Todo régimen de comunicación, según el citado autor, debe ser establecido de modo tal que contemple el interés de los padres como el de los hijos menores, pero es al de éstos últimos al que hay que dar preeminencia.

### **2.1.2 Interés del hijo menor de edad**

Tal como lo señala Belluscio (2016):

La adecuada comunicación con el hijo del padre no conviviente con él, no implica la relación jurídico sustancial entre uno y otro, si no por el contrario, un conjunto de situaciones tendientes a organizar y estructurar en forma genérica las relaciones intrafamiliares, teniendo como principio cardinal el lugar de privilegio que debe asignársele al interés del menor (p. 63).

Si bien puede resultar difícil aceptar que los niños tienen intereses distintos a los de sus progenitores y que cuentan con derechos propios en tanto son sujetos de derechos, toda restricción o supresión del régimen de comunicación debe estar condicionada a un concreto y acreditado peligro o daño para la salud física de éstos (Belluscio, 2016).

El régimen de comunicación estará centrado en interés del hijo. Así, quedará en segundo plano el adulto que reclama, tenga o no derecho subjetivo familiar. Ello es debido a que lo que sustancialmente contará para la resolución es que la comunicación resulte o no beneficiosa para el niño.

### **2.1.3 Interés superior del niño**

En cuanto al interés superior del niño, es dable traer a colación que por dicha noción se entiende "... un principio jurídico, de contenido indeterminado, cuya precisión y delimitación el legislador ha delegado en el juzgador, a los fines de establecer en cada caso



concreto cuál es la solución que beneficie —o al menos no perjudique— al niño.” (Rodríguez Iturburu, 2014, s.d). En suma, se trata de un principio rector que hace primar el interés del niño, niña o adolescente por sobre toda otra cuestión subyacente.

En el sentido antes señalado puede afirmarse que este interés superior permitirá resolver los conflictos de los niños, niñas y adolescentes con los adultos que los tienen bajo su cuidado, de modo que deben priorizarse los derechos de aquéllos sobre los de éstos últimos.

Conforme el art. 3° de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante, CDN): “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 condición primordial a que atenderá será el interés superior del niño”.

En definitiva, el concepto de interés superior del niño importa el reconocimiento del niño en cuanto a persona y la tutela de sus derechos, no obstante la existencia de ciertas dificultades en su ejercicio autónomo, dadas por su condición de persona en desarrollo.

#### **2.1.4 Derecho a ser oído y opinión del menor de edad**

Los niños son sujetos de derecho, por lo tanto se les debe dar participación en los procesos que le conciernen en su vida y persona. Así el artículo 12° de la Convención sobre los Derechos del Niño, dispone textualmente lo siguiente:

1° los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2° con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

En dicho artículo se le garantiza al niño la posibilidad de expresar su opinión en toda cuestión que le concierne, y además que sea escuchado en todo procedimiento judicial y administrativo que afecte a su persona y sus derechos. En este último caso, dicha oportunidad no es genérica, se tendrá en cuenta la edad y la madurez del niño, pero hay que tener en cuenta que su opinión en todos los casos no será vinculante para la persona que tenga obligación de oírlo. Se procura que el niño pueda desempeñar una actitud autónoma, que pueda plantear una postura diferente a la sustentada por sus progenitores. Respecto a la edad mínima que se debe comenzar a escuchar al niño en forma obligatoria, la doctrina se encuentra dividida, algunos autores es a partir de los ocho años, para otros desde los catorce (Gil Domínguez, 2006).

Para Belluscio (2016) “el derecho de los menores a ser oídos en los procesos judiciales, consiste en darles su lugar y tener en cuenta su punto de vista como pauta de valoración” (p. 69). De allí que la opinión del menor de edad, dimana del derecho del niño, niña o adolescente a ser oído en todos los procesos que afecten sus intereses, de manera directa o indirecta, siendo obligatorio para los jueces oírlo, pues esta prerrogativa es de carácter personalísimo.

El art. 707 del CCyC se refiere al derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en todos los procesos que los afecten directamente, si cuentan con un grado de madurez suficiente para formarse un juicio propio. Asimismo el art. 26 del CCyC declara que: “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”.

Hay que dejar en claro, que el derecho del niño a ser oído es diferente al derecho del niño a participar activamente en un procedimiento judicial. En la ley N° 26.061 se encuentra plasmado el primer derecho mencionada, en los artículos 2°, párr. 2°, 3°, inc. b, y 24 incisos a) y b). Y el segundo está contemplado en el artículo 27°, incisos c), d) y e).

La doctrina mayoritaria es conteste y acuerda que el derecho del niño a ser escuchado se ve efectivizada a través de un abogado que lo represente; es decir, aquí es donde aparece la figura abogado del niño. Este abogado deberá ser imparcial, especialista en la materia, y su representación será designada cuando existan objetivos opuestos entre los progenitores y el niño. Lo representara en todos los ámbitos judiciales y administrativos. Tendrá la función de escucharlo y trasladar sus deseos y necesidades a sus progenitores y al juez, por lo tanto será el encargado de materializar los derechos del niño. No tiene relación ni compromiso alguno con los progenitores (Basso, 2013)

La figura del abogado del niño aparece en el artículo 661 del CCyC. Y es dable destacarlo ya que en el Código Civil derogado no existía la posibilidad que el niño con grado de madurez suficiente pudiera demandar al progenitor que incumplió, por ejemplo, con la prestación de alimentos o el régimen comunicacional.

La Ley N° 26.061 también prevé la asistencia de un abogado, expresando lo siguiente:

los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: (...) c) 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 de oficio un letrado que lo patrocine;(...).

En definitiva, se puede apreciar como el derecho del niño a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta, constituye una garantía sustancial que fluye de su consideración como de aquel sujeto y no mero objeto de derechos. De allí que la opinión de los hijos menores en los litigios en donde se discuta el régimen de comunicación es de suma importancia, sobre todo a medida que el niño va adquiriendo una mayor edad, madurez y autonomía, y una vida social propia.

### **2.1.5 Edad del niño**

La edad del menor es un parámetro que se debe tener muy en cuenta para fijar y/o modificar la modalidad de comunicación y contacto con el mismo. A medida que el niño adquiere mayor edad, se debería ir adecuando el régimen de comunicación acordado, o determinado, de conformidad con las necesidades tanto de los padres como de hijos. Cabe tener en cuenta, que lo dispuesto para el régimen de comunicación no hace cosa juzgada en sentido material y, por la tanto, es susceptible de ser revisado y modificado cuando varíen las circunstancias bajo las cuales se ha fijado (Belluscio, 2016).

Señala Belluscio (2016) que

Cuando el niño alcanza una cierta edad que irroga tener una vida social propia, habrá que respetar aquella para que no se superponga con el régimen de contacto establecido, evitando, de ese modo, que el menor invoque esta circunstancia para dejar de tener la debida comunicación con el progenitor no conviviente o los parientes legitimados (que se enumeran en el Art. 555 del CCyC) o que aquel cumpla dicho régimen con disgusto. (p. 88)

En consecuencia, la mayor edad que va adquiriendo el niño reviste en el régimen de comunicación una especial importancia para establecer y/o modificar el mismo de acuerdo su interés superior.

### **2.1.6 Informe del equipo multidisciplinario**

Los procesos de familia deben ser abordados en forma multidisciplinaria, combinando varias disciplinas y trascendiendo lenguajes y enfoques propios de cada una para construir un lenguaje común.

Se establece la necesidad de que el conflicto familiar, por las múltiples aristas que presenta y su íntima relación con la afectación y la protección de derechos fundamentales (vida, identidad, convivencia familiar, autonomía personal, entre otros) se abordado por un magistrado versado en la materia, debiendo contarse con especialistas en otras ciencias

relacionadas con el conflicto en materia de familia. Cabe recordar, que el equipo interdisciplinario es contemplado en el art. 706 inc. b del CCyC.

El informe del equipo multidisciplinario es una pauta que muchas veces cobra singular importancia en materia del régimen de comunicación, pues los informes de éste equipo, aunque no son vinculantes, con frecuencia son seguidos por el juez, sobre todo en los casos en donde existe un alto nivel de conflictividad familiar y es imprescindible el asesoramiento técnico, constituyéndose según Belluscio (2016) “en el fundamento principal de lo determinado en la sentencia que establece, modifica, restringe, amplía o suspende el régimen de contacto”. (p. 89)

En el proceso del régimen de comunicación podrá intervenir el asesor de menores, quien es un funcionario público con la facultad de tutelar los derechos e intereses de los menores e incapaces. Dicha participación se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico argentino. En el caso de que se produzcan acontecimientos en los cuales se confronten los intereses entre el progenitor y el niño, será indispensable contar con el antes mencionado abogado del niño (García O'Neill, 2016).

También podrá intervenir un asistente social, que deberá permanecer neutro en los informes que le realice al juez sobre el caso concreto. Éste tendrá la función de observar, analizar y calificar el período en que se produce el contacto entre visitante y visitado. Otro profesional que puede tener participación en el proceso, es el psicólogo, quien será el responsable de analizar el comportamiento de su paciente, y también que éste comprenda cual es la problemática que lo aqueja (Yuba, 2012).

## **2.2 Establecimiento del régimen de comunicación por acuerdo o convenio**

Cuando el régimen comunicacional no provenga de una sentencia judicial, puede emerger de un acuerdo o convenio entre las partes involucradas. Ahora bien, todo convenio o acuerdo debe contener la mayor precisión posible respecto al modo cumplimiento del régimen para evitar a futuro que se produzcan mayores conflictos y se escale en dilemas más profundos afectando a las partes pero especialmente en el caso de los niños, niñas y adolescente. Se debe tratar de que no haya ambigüedades y zonas grises (Basset, 2015).

Por lo antes expuesto es que será indispensable e insoslayable expresar concretamente y del modo más detallado posible: días y horarios en que se producirá el contacto, que sucederá en el caso fechas especiales (navidad, cumpleaños, vacaciones etc.), lugar de donde se retira y se vuelve a dejar al niño, donde se establecerá la comunicación, distintas

alternativas en caso de imposibilidad de cumplir con el día y horario establecido, entre otras cuestiones que podrán definirse de conformidad al caso concreto. De más está en decir que las partes son plenamente libres para convenir o acordar; sin embargo, al decir de Basset (2015) el juez antes de homologar el convenio o acuerdo deberá tener en cuenta que sean respetados los derechos de todas las partes, y ante la presencia de alguna cláusula perjudicial, podrá objetar y rechazar la homologación.

Todas las cuestiones donde no se afecte el orden público o intereses superiores, las partes involucradas en un proceso de familia son las que en mejores condiciones se encuentran para resolver sus conflictos y lo que ellas acuerden merece el respeto del órgano judicial.

Con ese alcance la jurisprudencia ha sostenido que esa voluntad debe ser mantenida a manera de *statu quo*, mientras no existan causas o razones de entidad suficiente que aconsejen la modificación de la situación existente a fin de brindar a los menores el mayor grado de estabilidad posible.<sup>7</sup>

Según Fernández (2017) “son los progenitores quienes, en principio, están en mejores condiciones de saber si podrán llevar a cabo el régimen convenido u qué es lo más beneficioso para los hijos de acuerdo con el específico funcionamiento familiar”. (p. 771)

Señala Stilerman (2004):

La validez de los convenios o pactos extrajudiciales sobre el cuidado personal unilateral y el derecho y deber de comunicación con los hijos menores de edad no homologados judicialmente es meramente probatoria y referencial, con virtualidad sólo entre las partes; a diferencia de los homologados que se equiparan a las sentencias, siendo posible en consecuencia exigir su cumplimiento frente a los eventuales incumplimientos. (p. 85)

Diversas normativas prevén la posibilidad de que las partes puedan optar por concurrir a mediación a los fines de procurar el avenimiento en el conflicto familiar, o bien mediante audiencias pre-jurisdiccionales por ante el asesor de menores o de familia en sede tribunalicia. Si el acuerdo es logrado en mediación, la autoridad pertinente deberá proceder a su remisión al juez de familia para su homologación, o en su caso, deberán ser las partes quienes soliciten dicho extremo, según lo prevea la normativa en la especie. Si hay conciliación en la audiencia

---

<sup>7</sup> Juzg. Civ., Com., Conciliación y Familia de Carlos Paz, Córdoba, AI nro. 54, 13/3/2002, “R. J. y otras/homologación”, Actualidad Jurídica de Córdoba – Familia y Minoridad, vol. 11, p.1129.

por ante el asesor de menores o de familia, éste labrará un acta en la cual hará constar el acuerdo y lo elevará también al juez a los mismos fines<sup>8</sup>

Ahora bien, si las partes no arriban a ningún acuerdo, queda siempre expedita la posibilidad de promover el respectivo proceso judicial.

### **2.3 Proceso en materia de régimen de comunicación. El aspecto esencial: la competencia**

El art. 227 del Código Civil derogado, determinaba: “Las acciones de separación personal, divorcio vincular y nulidad, así como las versaren sobre los efectos del matrimonio deberán intentarse ante el Juez del último domicilio conyugal efectivo o ante el del domicilio del cónyuge demandado”. De la norma quedaba comprendido, por aquel entonces el régimen de visitas dentro las acciones que versaran sobre los efectos del matrimonio. Así, el cónyuge que pretendía su establecimiento debía interponer la demanda solicitando que se fijara tal régimen ante el juez del último domicilio conyugal efectivo o ante el del domicilio del cónyuge demandado.

Por su parte, el CCyC contiene una norma procesal específica para los procesos de familia de su art. 705 a 723. A ser un código de fondo, los respectivos códigos de rito se tendrán que adaptar a la normativa procesal impuesta en el mismo.

El CCyC, en los procesos relativos a los derechos de niños, niñas y adolescentes, entre los que se incluye el régimen de comunicación, en su art. 716 dispone: “...es competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida”.

En la actualidad es pacífica la jurisprudencia que atribuye la competencia, en cuestiones relativas al régimen de comunicación, al juez que corresponda al lugar donde el niño vive efectivamente, sin embargo según Mizrahi (2015) “la cuestión en análisis no puede ser considerada tan linealmente pues se advierte que el tema presenta complejidades y variedad de matices que pueden aconsejar en caos concretos una solución diferente” (p. 592).

#### **2.3.1 Intervención del asesor de menores y del abogado del niño**

La actuación del Ministerio Público se halla contemplada en el art. 103 del CCyC. Cabe poner de manifiesto que el Ministerio Público es el representante de los niños, niñas y adolescentes y actúa conjuntamente con sus progenitores para la mejor defensa de sus

---

<sup>8</sup> Así lo dispone el art. 49 de la Ley 7676, vigente en Córdoba.

derechos. Si no los tiene, debe proveerles de representante legal por imperio de la ley como primera medida, y acudir a las instituciones propias del derecho de fondo.

La intervención del Ministerio Público es necesaria, representativa, de orden legal, y requiere de control judicial. En el inc. a) del artículo antes citado, la intervención del Ministerio Público es complementaria a la de los representantes legales individuales. Es decir, su actuación se integra y complementa con la que ejerce el representante individual. La actuación es complementaria cuando se den los siguientes supuestos: "... en todos los procesos en los que se encuentren involucrados los intereses de personas menores de edad, personas declaradas excepcionalmente incapaces y personas con capacidad restringida...".

En el inciso b) del art. 103 CCyC se enumeran los supuestos en los que la actuación del Ministerio Público se torna principal. Ellos son:

...cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes; cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación.

Por ejemplo, si se trata de los progenitores, el Ministerio Público deberá promover el cumplimiento de los deberes a su cargo o interponer recursos y ofrecer prueba si dentro de una causa judicial el niño está indefenso.

El Código admite tanto la intervención judicial como la extrajudicial del Ministerio Público. Para que la actuación sea extrajudicial deben concurrir dos presupuestos: a) Debe estarse ante un caso de ausencia, carencia o inacción de los representantes legales; b) Deben encontrarse comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales de los niños, niñas y adolescentes, las personas incapaces y con capacidad restringida.

Ahora bien, conforme el sistema instaurado a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley 26.061 de Protección Integral, a este régimen del CCyC se agrega, la figura del abogado del niño. En relación a los fundamentos de acaecimiento del instituto jurídico-procesal de la minoridad del abogado del niño, Blanchard (2015) ha sintetizado algunas consideraciones pertinentes, aduciendo que:

La ley de Protección integral de los Derechos de los Niñas, Niños y Adolescentes (en adelante NNA), reconoce (...) el derecho y la garantía de todos los NNA a ser asistidos por un letrado preferentemente especializado en niñez desde el inicio de todo procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. A su vez dicha normativa les otorga a estos NNA el derecho a participar activamente en todo el procedimiento y a recurrir ante el superior cualquier decisión que los afecte (p. 67).

Se coincide con Solari (2006), en cuanto a que de conformidad con las disposiciones constitucionales y de la ley 26.061, es esperable que el abogado del niño actúe en condición de parte dentro del proceso, patrocinando al niño. Todo ello, sin perjuicio de la representación

legal, necesaria y promiscua. Concretamente, el abogado del niño no cumpliría una función de representación, sino que actuaría como letrado patrocinante del niño, y no reemplazándolo.

En ese sentido, Quintana (2011) ha establecido que en primer lugar, el fundamento y esencia de la participación de un abogado del niño en alguna de las instancias jurisdiccionales en las que se pueda comprometer los intereses de determinado niño, niña o adolescente, es la defensa y la satisfacción de uno de los principios que –de forma preponderante- rige la materia en cuestión, tomando como principal eje de referencia la preservación la integridad psicofísica, esto es, el interés superior del niño o adolescente.

### **2.3.2 Régimen de comunicación provisorio como medida cautelar**

El régimen de comunicación provisorio se traduce, al decir de Belluscio (2016) en una auténtica medida cautelar. Asimismo, explica el citado jurista, se trata de una medida cautelar innovativa pues propende a la alteración la situación existente al momento del dictado de la medida: en este caso, reestablecer la comunicación y el contacto paterno o materno filial, aunque sea provisoriamente. En definitiva, este régimen de comunicación provisorio implica, de modo alguno, una tutela anticipada de la pretensión principal.

Entre las características propias de estas medidas, se destacan, siguiendo a Belluscio (2016) las siguientes: se distinguen de la pretensión principal, son instrumentales, son provisionales, son modificables, y no requiere mediación en forma previa.

### **2.3.3 El régimen de comunicación como medida autosatisfactiva**

Con respecto al régimen de comunicación entendido como una medida autosatisfactiva, se trae a colación a Belluscio (2016) para quien “estas medidas tiene por objeto una tutela urgente, mas no anticipada o cautelar, pues aquella se agota en forma definitiva y con autonomía respecto de otro proceso”. (p. 231)

La solicitud de la fijación con celeridad de un régimen de comunicación, debe estar fundado en la necesidad de tutelar y salvaguardar los intereses del menor de edad. De allí que, tal como sostiene Belluscio (2016) la petición de dicho régimen ante el órgano jurisdiccional se agota con su despacho favorable, y no se torna necesaria la iniciación de una acción principal posterior para evitar su caducidad o el decaimiento del derecho. Entonces cabe colegir, concordando con el autor referido, que el régimen de comunicación se caracteriza por ser una solución autónoma, pues su finalidad se agota con la concesión o rechazo de la misma.



### **2.3.4 Inaplicabilidad del principio procesal de congruencia**

La congruencia, explica Belluscio (2016), consiste en invocar una concreta situación de hecho a la cual el actor le asigna una determinada consecuencia jurídica que es resultante de aquella y que, salvo excepciones, no puede ser modificada sin desmedro de la garantía de defensa en juicio. En otras palabras, la congruencia se manifiesta en la adecuación entre lo requerido y lo que el magistrado o tribunal decida y plasme en la sentencia.

Al igual que en materia de alimentos debidos a los menores de edad, en lo relativo al régimen de comunicación, se coincide con Belluscio (2016), “que no rige el principio procesal de congruencia, pues el mismo es desplazado por el del interés superior del niño a tenor de los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño y por expresa disposición del art. 2º, párr. 2º de la Ley 26.061” (p. 233).

### **2.4 Alternativas del trámite procesal**

Hay dos alternativas para el curso del régimen comunicacional: durante el proceso de divorcio y cuando éste proceso no concurra. Acto seguido, el análisis de ambos supuestos.

a) En el proceso de divorcio: se concuerda con Belluscio (2016) en que los preceptos legales contenidos en los códigos de forma relativos al proceso de divorcio van a quedar subsumidos en las reglas y disposiciones establecidas en el CCyC, ya que el mismo establece un trámite específico para el divorcio. Por lo tanto, a partir de la entrada en vigencia del CCyC los acuerdos a los cuales las partes arriben en sede judicial, atinente al régimen de comunicación con el hijo, van a regir lo que establece el art. 438 del CCyC, y si no existe acuerdo entre los progenitores la cuestión deberá ser resuelta por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local.

Asimismo es dable advertir que el pedido de divorcio debe ir acompañado de una propuesta o de un convenio que regule los efectos del mismo, así el art. 439 del CCyC establece de manera enunciativa las cuestiones que deben incluirse en ese propuesta y/o convenio. Y la última parte del precepto citado dispone que dicha enunciación, no impide que se propongan otras cuestiones de interés de los cónyuges, como ser el establecimiento de un régimen de comunicación con el hijo menor de edad (Mazzinghi, 2015).

Es importante destacar, en virtud de lo dispuesto en la última parte del art. 438 del CCyC, que si el juez considera que el convenio que trata sobre el régimen de comunicación con el hijo vulnera sus intereses, o no los contempla, podrá rechazar su homologación (Belluscio, 2016).

b) Sin un proceso de divorcio: en este punto se hace referencia a los progenitores unidos matrimonialmente que se encuentren separados de hecho o progenitores que hayan estado unidos convivencialmente, explica Belluscio (2016).

Para el caso de que los progenitores no hayan planteado la cuestión del régimen de comunicación con el hijo durante el proceso de divorcio, nulidad matrimonial o ante la ruptura de la unión convivencial y arriben a un acuerdo en cuanto al tema, podrán presentar un convenio susceptible de ser homologado judicialmente por aplicación analógica de lo establecido por el art. 439 del CCyC. Por lo cual, la posibilidad de convenir y homologar judicialmente dicho acuerdo será también una facultad de los progenitores matrimoniales separados de hecho y de los progenitores que hayan convivido (Belluscio, 2016).

## **2.5 Vicisitudes en materia de régimen de comunicación**

Al hacer referencia a las vicisitudes en el régimen de comunicación, a lo que se hace alusión es a las modificaciones que dicho régimen - ya establecido por sentencia judicial o por convenio- puede sufrir. Atento a que el mismo está vinculado estrechamente a diversas y múltiples circunstancias fácticas de las personas confluyen e intervienen, y que el devenir propio de la vida cotidiana hace que dichas situaciones se modifiquen o muten cotidianamente, impactando o repercutiendo en el instituto directamente, es que resulta ineludible manifestar cuáles son estas posibles vicisitudes.

Ante la solicitud de un régimen de comunicación el juez tiene la facultad de concederlo o denegarlo en primer lugar. Además, con el transcurso del tiempo, puede ser modificado, ya sea ampliándolo o restringiendo el mismo. Y hasta en algunos casos, las partes pueden ser flexibles ante determinadas contingencias.

a) Denegación: al decir de Belluscio (2010) el régimen de visitas “sólo puede ser denegado, cuando existan causas graves, pues mientras no se acredite un efecto pernicioso para el menor cabe presumir que las visitas serán beneficiosas tanto para el hijo como para el progenitor que no convive con él” (p.121). De lo antes dicho puede concluirse que la ejecución de un régimen de visitas se considera beneficioso, hasta tanto se demuestre lo contrario.

b) Modificación: en materia de derecho de familia, todo es dinámico; de allí que las modificaciones pueden darse en este ámbito cuantas veces sea necesario (Herrera, 2015); y el régimen de comunicación no es una excepción a ello. Vale aclarar también que cuando se habla del instituto familiar se da prioridad a la autonomía de voluntad precisamente por la naturaleza de los intereses en juego pues lo más apropiado es permitir que en primer lugar las

partes mismas intenten auto-componer el conflicto y establezcan para ello sus propias normas; esto pues a los fines del cumplimiento, gozaran de mayor aceptación, mayor probabilidad de efectividad de dicho cumplimiento y menos modificaciones. Se podrán modificar los días, horarios o las formas del régimen, que ya mencionamos anteriormente. Y así como se llegó a establecer el régimen, las modificaciones también podrán ser establecidas por decisión judicial o por un acuerdo entre las partes (Belluscio, 2010).

c) Suspensión: la suspensión del régimen de visitas establecido se traduce en una privación temporal de contacto entre el progenitor no conviviente y su hijo” por un plazo determinado o indeterminado (Makianich de Basset, 1997, p.162). Doctrina y jurisprudencia son contestes en sostener que las causales que habilitan la suspensión del régimen de visitas, son aquellas que comprometen la salud física y psíquica del menor (Belluscio, 2010). Es claro que el patrón que aquí debe valorarse y considerarse es del interés superior del niño.

d) Cese “No necesariamente la privación de la patria potestad, conlleva el cese del régimen de visitas, pues puede haber circunstancias que aconsejen –por el propio interés del menor su mantenimiento” (Belluscio, 2010, p.127). Makianich de Basset, se pronuncia en igual sentido (Makianich de Basset, 1997). Nosotros, adherimos a estas ideas, pues a la luz de la normativa vigente y si el interés del niño lo reclama, el régimen de contacto puede ser restablecido.

Las causales por las cuales se puede establecer el cese del régimen de visitas y que a su vez acarrear la privación de la patria potestad se encuentran expresa y taxativamente estipuladas en el artículo 307 del C.C., las cuales son: por ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes de alguno de sus hijos, o como coautor, instigador o cómplice de un delito cometido por el hijo, asimismo por abandono de algunos de sus hijos, y por hacer peligrar la seguridad, salud física o psíquica, o la moralidad a través de malos tratamientos, ejemplos perniciosos, conducta notoria o delincuencia.

Restablecimiento Puede operar por tres motivos: suspensión, cese o por interrupción voluntaria o involuntaria (Belluscio, 2010). Frente a la producción de algunas de dichas causales y constatando la pretensión de re vinculación, es que debe proveerse el restablecimiento. “Como regla general se ha considerado que el restablecimiento del vínculo paterno filial, debe efectuarse de manera gradual y progresiva” (Belluscio, 2010, p.128).

En el expediente judicial, la suspensión, la modificación y el cese del régimen, se tramitara bajo el concepto de “incidente”. Además, en el caso que el niño siga viviendo en la

misma jurisdicción, se deberá interponer ante el mismo juez que lo estableció. También puede suceder que luego de una suspensión o cese, se produzca nuevamente un régimen de comunicación, que deberá ser realizada en forma gradual y progresiva, hasta que se afiancen nuevamente los vínculos entre nieto y abuelo

### **Conclusiones parciales**

Este segundo capítulo deja como reflexión que frente al instituto del régimen de comunicación, ante la ruptura de la vida familiar y del proyecto de vida en común que tenía la pareja, todos los miembros del clan familiar ven afectadas sus vidas integrantes, la que da un giro importante. Esta separación implica, de modo alguno, readaptar el grupo familiar a la nueva situación.

Ante estos hechos de desintegración familiar, deviene imprescindible mantener el contacto afectivo y una comunicación constante entre padres e hijos no convivientes, máxime si hay menores de edad. Por ello, el régimen comunicacional debe fundarse a partir del entendimiento de que el niño o el adolescente es sujeto de derechos y no objeto de los conflictos que puedan surgir entre los adultos, por lo que se deberá tener presente –ante todo– que estará legitimado activamente para plantear el reclamo judicial para su efectivización, siendo el principal protagonista del mismo. Y contará para ello con la figura del abogado del niño.

Por otra parte, se trae a colación que el establecimiento y la fijación de un régimen comunicacional entre el hijo menor y su progenitor no conviviente, provenga de un acuerdo homologado en sede judicial o de sentencia judicial, presupone y exige asumir ciertos compromisos y deberes. Esto en tanto, a través del referido régimen, no sólo es posible asegurar una adecuada relación paterno-materno filial (y también con otros parientes o personas con cierto grado de vinculación socioafectiva), sino que de su cumplimiento depende la formación plena e integral de los niños, niñas y adolescentes.

Es simple advertir que el derecho de comunicación posee su fundamento y se erige desde la solidaridad familiar. Tal principio tiende al fortalecimiento y revalorización de los vínculos que pueden verse afectados por el cese de la convivencia de los cónyuges o de las parejas. Además, debido a la situación que generó la falta de contacto con el pariente o personas con el que no se convive es prudente destacar que son varias las ventajas y los beneficios de establecer, fijar y cumplir un régimen de comunicación para el sano desarrollo emocional y psicológico del sujeto beneficiario del contacto, sobre todo cuando esté en una etapa de evolución y maduración como lo es la infancia o la adolescencia

Atento al análisis llevado a cabo en este capítulo sobre el establecimiento y sobre cómo puede diseñarse y cumplirse un régimen comunicacional dentro del ordenamiento jurídico argentino, permite avocarse en el próximo capítulo al estudio del incumplimiento del mismo y las distintas medidas que pueden adoptarse para intentar recomponer el vínculo y el contacto entre parientes y personas no convivientes.

**CAPÍTULO 3: MEDIDAS CIVILES ANTE EL INCUMPLIMIENTO Y PARA  
GARANTIZAR EL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN**

## **Introducción**

No es raro que el régimen de comunicación establecido por el juez o acordado por las partes y debidamente homologado genere resistencias para su cumplimiento. Esta reticencia puede provenir tanto del progenitor que ejerce el cuidado personal de los hijos como del padre no conviviente, el que debe mantener contacto con el niño. Es por ello que en este último capítulo se trata de poner sobre el tapete el conflicto que puede surgir en estos procesos, como así también las posibles vías idóneas para doblegar la voluntad contumaz del quien visita a quien no convive con él.

No cabe duda que la mayor preocupación consiste en hallar mecanismos y soluciones para la cuestión que aquí se está abordando y que, aunque se encuentren, podrá advertirse que la protección en todo caso no será plena y ampliamente satisfactoria. Y ello habida cuenta que al niño o el adolescente afectado, y también al adulto beneficiario de la comunicación, ya no podrá recuperar el tiempo perdido mientras el contacto no se concretó.

Por eso es que, vale adelantar, una vez establecido el régimen comunicacional, éste merece y debe ser protegido y cumplido pues, de lo contrario, se tendrá que admitir el fracaso del derecho como instrumento de justicia y de tutela de los seres humanos. De allí que esta salvaguarda de índole jurídica al derecho de comunicación puede ser a través de medidas ordenadas por la jurisdicción civil, pero también mediando las sanciones penales. Estas últimas suponen necesariamente criminalizar ciertas conductas incumplidoras; algo que no es función de los jueces civiles. Por lo dicho es que, acto seguido, el eje de análisis vendrá de la mano de las medidas que son susceptibles de adoptar desde el ámbito de la justicia civil para neutralizar los incumplimientos en caso de régimen de comunicación con familiares y o con aquellos con quienes se tiene un vínculo socioafectivo susceptible de legitimar este tipo de contacto.

### **3.1 Medidas frente al incumplimiento. Una primera aproximación**

El art. 557 del CCyC faculta al juez para que pueda responsabilizar a todo aquel que ejerza un incumplimiento reiterado del régimen de comunicación establecido por sentencia o convenio homologado y, luego, le aplique medidas razonables para asegurar la eficacia. La mentada norma aborda, como puede observarse del tenor literal de su texto, una de las dificultades que en materia del derecho de comunicación se presentan –el incumplimiento- y que se vincula con la efectividad que ha de revestir la sentencia o el convenio homologado.

De allí que, a los efectos de asegurar el cumplimiento de este derecho, el legislador argentino optó por otorgarle al juez la potestad de adoptar las medidas razonables que

considere pertinentes en aras de garantizar el cumplimiento y la eficacia de la manda judicial ya sea que provenga del contenido del fallo o de lo pautado por las partes y homologado por el magistrado con competencia en la materia.

A su vez, la disposición de marras exige la procedencia de la reiteración del incumplimiento del régimen comunicacional como presupuesto para la imposición de medidas tendientes a asegurar su eficacia. Va de suyo que al decir de Herrera (2015) esto implica que el sujeto perjudicado debe demostrar en sede judicial la magnitud del incumplimiento alegado, que obstruye y coarta la posibilidad del contacto establecido, con las dificultades propias que tal carga probatoria implica en atención a la naturaleza de la cuestión involucrada.

Frente al incumplimiento del régimen de comunicación establecido, existe un elenco de medidas civiles aplicables tendientes a constreñir al renuente a la observancia del contacto propiciado. Y ello es lo que se analizará a continuación.

### **3.1.1 Ejecución forzada del régimen de comunicación**

La ejecución forzada del régimen de comunicación resulta desaconsejable. Se la considera un procedimiento desproporcionado que puede producir en el niño distintos perjuicios y traumas graves. Es evidente que se corre el riesgo de romper los lazos que puedan quedar en pie entre el hijo y el padre o pariente o persona con vínculo socioafectivo que reclama la comunicación y afectar de ese modo – precisamente- lo que se pretende salvar. Con todo, si el medio se usa con precaución, y teniendo en cuenta que la medida repercute en la persona que ostenta el cuidado personal del niño, aunque no contra éste, no debe desestimarse en todos los casos dicha herramienta (Rivero Hernández, 1997).

### **3.1.2 Las sanciones conminatorias (o astreintes)**

Las sanciones conminatorias están reguladas en los artículos 805 CCyC y 37 del CPCCN. Se tratan de medidas que tienden de manera mediata a compeler al incumplidor a efectivizar el deber jurídico que se le ha impuesto. Estas medidas se fijan en dinero, son provisorias, no causan estado, ni pasan en autoridad de cosa juzgada (Leiva Fernández, 2015).

Es que se trata, al decir de Mizrahi (2014) de un tipo de apremio que los jueces deciden discrecionalmente. En otras palabras, ello corrobora la instrumentalidad que tienen estas sanciones pues siempre están direccionadas a vencer la resistencia del renuente. Por tanto, de acuerdo a las circunstancias, pueden ser revisadas e, incluso, dejadas sin efecto si, a modo ilustrativo, el destinatario de la medida aplicada justifica razonablemente su conducta.



Las astreintes buscan salvaguardar la vigencia del principio de autoridad y a la propia justicia. Se dirigen, en ese sentido, a consagrar el valor eficacia y se sustentan en que en el poder de juzgar está implícito el de hacer cumplir las decisiones, explica Mizrahi (2014). De esa forma, su fundamento está dado en la imperio que asiste a los jueces para imponer medidas que propendan al acatamiento de sus fallos.

No obstante lo dicho, en la imposición de las astreintes, el juez tiene que evaluar cuestiones tales como la gravedad de la reticencia y las consecuencias que se derivan de la misma. En este sentido, tendría que existir un adecuado equilibrio entre el monto de la sanción y la falta cometida.

Merece destacarse que, al decir de Leiva Fernández (2015), las sanciones conminatorias transitan por dos etapas. En la primera, se impone un deber so pena de apercibimiento de aplicar la sanción. Allí es el momento en que se torna palmaria la función conminatoria del instituto. Es decir, operan para el futuro en tanto configuran una amenaza de sanción, se fijan ante el incumplimiento de un mandato judicial buscando que éste se cumpla, su monto no es definitivo, y solo alcanza a aquél que después de dictada la orden judicial persiste en su actitud recalcitrante.

En la segunda etapa de las astreintes ya no se mirará hacia el futuro. En ese caso no se tratará de una coacción, sino que se impondrá la sanción (si es que el juez decide ello y en qué medida lo hará); así como también desaparecerá -en principio- el carácter provisorio dado que el magistrado ya adoptó la decisión (Leiva Fernández, 2015).

Las astreintes, de acuerdo a lo dicho, no solo pueden aplicarse al progenitor que, a cargo del cuidado de hijo, no favorece el contacto de éste con el otro padre no conviviente, sino también contra el mismo beneficiario del régimen de comunicación que incumple. Hay que tener presente que dar cumplimiento al contacto es un derecho pero también es un deber.

### **3.1.3 Las terapias interdisciplinarias**

Sin perjuicio de optarse por las astreintes o intimaciones con el apercibimiento de reconsiderar el cuidado personal del hijo, el tribunal puede echar mano también a otros métodos indirectos donde toma relevancia la interdisciplina (Mizrahi, 2014). Se trata de un instrumento indirecto, pues la resolución se ordena con la perspectiva de que mediando un tratamiento terapéutico, se remuevan las resistencias que traban los encuentros, y en la inteligencia de que el conflicto no es un hecho aislado, sino que envuelve “una infección de los afectos y sentimientos” (Gowland, s.f, s.d).

Atento a lo dicho, es que las sanciones a aplicar, por la frustración de los tratamientos indicados por sentencia judicial, son variadas. Entre ellas se encuentra la imposición de astreintes (antes analizada), que aquí operaría como una faceta mediata, en tanto se hacen efectivas por el comportamiento desobediente al tratamiento dispuesto, y no por el incumplimiento a la comunicación materno o paterno-filial (Mizrahi, 2014).

Los tratamientos que pueden ordenarse por vía judicial son múltiples y variados explica Mizrahi (2014), tal el caso de: a) que los progenitores inicien un terapia psicológica individual; b) tratamiento psicológico individual del niño afectado; c) proceso de revinculación terapéutica con el padre o madre con el cual se presenta el conflicto; d) que los padres (sin intervención de los hijos) realicen un tratamiento de coparentalidad; etc.

La terapia bajo mandato judicial ha sido receptada por la ley 26.061. En ese sentido, el art. 37, inc. f, relativo a las medidas de protección que debe adoptar el “organismo administrativo” en los casos de “amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varias niñas, niños o adolescentes individualmente considerados, con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias” (art. 33), faculta a ordenar “tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de la niña, niño o adolescente o de alguno de sus padres, responsables legales o representantes”.

#### **3.1.4 El aporte de los trabajadores sociales**

Existen situaciones en que no resulta necesario ordenar judicialmente tratamientos terapéuticos. No obstante, sí es indispensable que medie para los encuentros privados paternos o materno-filiales la intervención de un tercero. En estos casos, los jueces pueden acudir a la designación de asistentes sociales (Mizrahi, 2014).

Cabe aclarar que estos profesionales, que actuarán en carácter de auxilios de la comunicación materno-paterno filial, son también mecanismos para otorgar efectividad a las decisiones judiciales que disponen el mantenimiento o la reanudación de los contactos entre padres e hijos; por tanto nada impide que se ordenen simultáneamente o luego de iniciadas las terapias dispuestas mediante mandato judicial (Mizrahi, 2104).

#### **3.1.5 Designación de tutores especiales**

La designación de tutores especiales es otra de las herramientas que utilizan los jueces para la revinculación materno o paterno-filial. Y ello en tanto muchas veces, quien ejerce el cuidado personal del niño, cuando está en pleito por el régimen de comunicación que

promueve el otro progenitor, no defiende de modo adecuado ni justo los intereses del hijo que representa en el proceso judicial.

Puede darse el caso de que el padre conviviente busque denigrar al otro padre. Este progenitor, alimentado por un deseo de venganza, no vacila en sacrificar a su propio hijo privándolo del contacto y la comunicación con el otro. Es decir, padece del denominado síndrome de alienación parental (Husni y Rivas, 2000).

En definitiva, lo que se busca es obstaculizar la materialización del régimen de comunicación. Es evidente que en estas situaciones, al progenitor se lo debe inhabilitar para continuar representando al hijo en la causa precisamente por atentar contra los derechos e intereses de éste (Mizrahi, 2011).

Entonces, el tutor especial que designe el juez no necesariamente tendrá que ser un abogado, pues bien puede resultar más conveniente que se trate de un psicólogo, un médico o asistente social, aunque tendrían que contar estos últimos profesionales con el debido asesoramiento letrado (Mizrahi, 2011).

Este esquema mencionado se encuadra en el ámbito de la ley 26.061. En efecto, el profesional que pueda ser nombrado como tutor *ad litem*, tendrá que integrar sin duda un equipo de trabajo con el abogado especializado que se le designe al niño, a tenor de lo previsto por el art. 27, inc. c), del referido ordenamiento legal.

### **3.1.6 Prohibiciones de salida del país y de no innovar respecto de la residencia de los hijos**

Cuando se compruebe la obstrucción del contacto paterno-materno filial de uno de los progenitores para con el otro, y como modo de evitar nuevas dificultades y conflictos, es procedente ordenar la prohibición de salida del país de los hijos; y ello con fin de garantizar que los niños no sean sustraídos de los jueces naturales que deberán decidir lo que sea más conveniente para su mejor interés<sup>9</sup>.

Si bien es sabido que la salida del país de los hijos menores requiere de la conformidad de ambos padres o de autorización judicial, la medida citada en este apartado resulta muy útil en algunos casos, pues puede darse una situación donde se intente burlar el proceso de revinculación que el juez o tribunal esté intentando o de desvirtuar y dilatar la efectivización del régimen de comunicación o para frustrar la concreción de un proceso terapéutico de revinculación materno o paterno-filial (Mizrahi, 2014).

---

<sup>9</sup> CNCiv., Sala B, , "L., N. A. c/ c/ Z., M." 8/11/2013

Ante los casos como los apuntados, y con el objeto de poner un freno ante estos abusos, explica Mizrahi (2014) que la jurisprudencia ha optado por utilizar la herramienta de prohibición de innovar sobre la residencia de los niños por considerarse la imperiosa la necesidad de fijar una estabilidad mínima que permita la implementación del régimen de comunicación reclamado.

### **3.1.7 Graduación de la cuota alimentaria como instrumento para lograr el cumplimiento del régimen de comunicación**

Si bien en principio no es admisible suspender totalmente el régimen de comunicación por falta de cumplimiento de la cuota alimentaria, es muy diferente el encuadre cuando se utiliza esta obligación como medio para mejorar el régimen comunicacional. Al respecto, dos son las hipótesis que pueden presentarse; una, cuando es el progenitor a cargo del cuidado personal del hijo el que obstaculiza los encuentros; la otra, en los casos es el mismo padre beneficiario del contacto el que tiene una actitud reticente para llevar a cabo los contactos (Mizrahi, 2014).

Con respecto al primer caso se ha dicho que los jueces podrían disponer la suspensión de los alimentos que recibe el progenitor como un medio para forzarlo a facilitar la comunicación. Alguna doctrina lo ha entendido admisible, al menos cuando se corrobora la conducta dolosa que interfiere en el desarrollo del vínculo. Se afirma que, en más de una ocasión, esa decisión podría ser un importante medio jurídico disuasivo; aunque presenta el inconveniente que podría llegar a perjudicar al propio niño al dejar de percibir los alimentos (Otero, 2012).

En el segundo supuesto antes referido, una herramienta posible sería el incremento de la cuota alimentaria, de forma tal que el cuidador del hijo no se vea perjudicado económicamente por los tiempos que en los hechos permanece con el niño durante todo el período que tendría que estar con el otro progenitor. La idea es que los alimentos se aumenten de manera proporcional (Novellino, 2006).

### **3.1.8 El apercibimiento de reconsiderar el cuidado personal del hijo y el eventual traslado de la guarda de un progenitor hacia el otro**

Enseña Mizrahi (2015) que hay casos en que quien perturba el régimen de comunicación es el progenitor que tiene el cuidado personal del hijo. En virtud de ello, una medida que a veces disponen los jueces es intimarlo a que cese en su comportamiento obstaculizador del régimen de contacto, bajo apercibimiento de disponer el traslado de dicho cuidado hacia el otro progenitor. Esta intimación se presenta en estos casos como una

herramienta eficaz, de conformidad a que el padre que pone en jaque el vínculo del hijo con el otro no se arriesga a perder el cuidado de sus hijos.

Ahora bien, cuando a pesar de la intimación el progenitor que tiene a su cargo el cuidado personal del hijo no deja de interrumpir el contacto con el otro, los jueces pueden aplicar finalmente el otro instrumento que resulta más severo, tal cual es ordenar –cauteladamente- el cambio del cuidado personal del hijo, el que pasa al otro padre (Mizrahi, 2014).

Desde luego, este cambio sólo puede ser dispuesto ante la reiteración grave, intencionada y repetida de los incumplimientos, es decir, cuando el progenitor conviviente con el hijo continúa desobedeciendo groseramente las órdenes judiciales. Asimismo, es dable destacar que dicho cambio podrá operar siempre y cuando el juez o tribunal pueda verificar de que el otro progenitor se halla en condiciones materiales y morales de asumir el cuidado personal del hijo (Mizrahi, 2104).

### **3.2 Otras medidas que podrían implementarse**

Además de todas las medidas antes citadas, pueden sumarse para asegurar el cumplimiento del régimen de comunicación paterno-materno filial -previa intervención legislativa- por ejemplo, la creación a nivel nacional de un registro de padres que obstruyeren el vínculo con el otro progenitor o de lazos familiares; tales como está regulado en las provincias de Santa Cruz (ley 2928), Mendoza (ley 7644) y Río Negro (ley 4456).

A criterio de esta tesitura, tendrían que abordarse los casos en que se halle determinado un régimen de comunicación por la justicia, o bien en los supuestos en que se cuente con la respectiva homologación del tribunal. En ese sentido, deberían inscribirse en el respectivo registro tanto el incumplidor que tiene el cuidado personal del hijo, como el otro padre -también incumplidor- a cuyo favor exista una modalidad de vinculación y/o comunicación. A la par, no tendrían que estar inscriptos aquellos progenitores a quienes se les impide judicialmente el contacto con sus hijos.

Las sanciones a imponer a quienes se encuentren inscriptos en este tipo de registros serían: no poder desempeñar cargos en la función pública; proscripción de presentarse en cargos electivos; imposibilidad de celebrar contratos con la administración pública; no otorgarles habilitaciones, concesiones o licencias; prohibición de obtener créditos o ser beneficiarios de subsidios; etc. (Otero, 2012).

Otra medida que proviene del derecho comparado, y que para su aplicación en Argentina también exigiría la sanción de una norma, es que el juez pueda fijar una

indemnización en el mismo proceso donde se ventila un régimen de comunicación, a los fines de reparar los perjuicios ocasionados por la frustración del contacto y de la comunicación con el hijo. Como se señala desde la doctrina española, si bien el tribunal debe tratar que se torne efectivo lo resuelto, también puede determinar la indemnización respectiva cuando no se produjere el cumplimiento pleno del deber principal que se ha impuesto por sentencia judicial (Rivero Hernández, 1997).

También se puede seguir al derecho español que, conforme al art. 618.2 del Código Penal (Ley orgánica N° 15 de 2003), prevé la aplicación para quien incumpliere deberes familiares de la pena que consisten en realizar trabajos benéficos en la comunidad desde uno a treinta días (Hollweck, 2013).

### **3.3 La jurisprudencia y el incumplimiento de las sentencias que ordenan un régimen de comunicación**

Analizadas las posibles medidas que se pueden aplicar a quien incumpliere el régimen comunicacional, tanto las impuestas como las que potencialmente podrían aplicarse en Argentina, es momento de analizar cómo se resuelven algunos de estos casos en el país. Así, se trae a colación la sentencia dictada por el juzgado de Mendoza<sup>10</sup> donde se pone de resalto que una de las cuestiones de mayor complejidad con la que lidian los operadores del derecho de familia: la ejecución de las sentencias que establecen un régimen de comunicación, sea respecto del progenitor no conviviente en los términos del art. 652 del CCyC, o de aquellas personas con vínculo de parentesco, afinidad o quienes tengan un interés afectivo legítimo, conforme arts. 555 y 556 del CCyC.

Del fallo se desprender que se está ante un supuesto de incumplimiento por parte de la progenitora de la sentencia que hace lugar a la demanda de régimen de comunicación de la abuela paterna. Confirmada la sentencia por la Cámara de Apelaciones de Familia, se inicia la ejecución de sentencia.

Puede extraerse de la lectura del decisorio que la progenitora intenta introducir diversos planteos tendientes a modificar la sentencia firme, a lo que con atino la abuela se opone en virtud del carácter ejecutivo impreso en dicho trámite. Por ello, ante el incumplimiento de la sentencia que establece el régimen de comunicación entre la niña y su abuela, el magistrado efectuó un extenso análisis relativo a la ejecución de la sentencia y

---

<sup>10</sup> Juzg.Fam, N° 1 de Mendoza, “F., M. R. c. S., I. s/ ejecución”, 06/04/2017, LL AR/JUR/47293/2017

dispuso una serie de medidas tendientes a lograr el cumplimiento de la manda judicial por parte de la progenitora de la niña, incumplidora de dicha manda la que, a su vez, afecta el derecho de las demás partes involucradas.

Entre las medidas adoptadas, se dio intervención a la justicia penal y autoridades del órgano administrativo de protección de derechos a fin de que determine la necesidad de disponer medidas de protección en los términos de los arts. 32, 37 y 40 de la ley 26.061; asimismo impuso a la progenitora la obligación de realizar tratamiento psicológico y se dispuso la aplicación inmediata de la ley provincial de puntos de encuentro familiares que, vale aclarar, a la fecha del dictado de la sentencia se encontraba sin reglamentar.

A todo ello, se dio intervención a una ONG, confiriéndole una serie de funciones y se le impuso a la demandada las costas por los honorarios profesionales además de la realización de veinte horas de tareas comunitarias. No menor es el dato de la inclusión de la incumplidora en el Registro de Obstaculizadores de Contacto, como también la obligación de la publicación de edictos en los diarios de mayor circulación de Mendoza que den a conocer el carácter obstaculizador de aquella, así como anotar a todos los establecimientos a los que asisten la niña y la progenitora.

Cabe traer a colación, para aclarar la cuestión de la ejecución de sentencia, a la Corte IDH al momento de condenar al Estado argentino en el caso “Furlán<sup>11</sup>” donde se sostuvo que

La segunda, garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos. El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento. Por tanto, la efectividad de las sentencias depende de su ejecución. Esto último, debido a que una sentencia con carácter de cosa juzgada otorga certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto y, por ende, tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad o necesidad de cumplimiento. Lo contrario supone la negación misma del derecho involucrado.

Al respecto, la Corte reitera que la ejecución de las sentencias debe ser regida por aquellos estándares específicos que permitan hacer efectivos los principios de tutela judicial, debido proceso, seguridad jurídica, independencia judicial y Estado de derecho.

Ello permite advertir que la eficacia de la ejecución de una sentencia hace a la propia función jurisdiccional y por eso no se puede hablar seriamente de un ordenamiento jurídico eficiente cuando las sentencias que produce no son acatadas o no existen vías idóneas para ello, en tanto los jueces no sólo conocen de los litigios que ante ellos se ventilan y los

---

<sup>11</sup> Corte IDH “Furlán y Familiares Vs. Argentina” Serie C No. 246, 31/08/2012

resuelven dictando una sentencia sino que, en una actividad ulterior, hacen cumplir forzosamente esa decisión.

El imperativo se acentúa cuando están comprometidos los derechos de los niños. En ese sentido se señala el art. 4º de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño que dispone: “Los Estados Partes adoptaran todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”. Por su parte, el art. 45 crea un sistema de control y seguimiento, en tanto la supervisión de esos derechos humanos debe iluminar la situación de los derechos a fin de avanzar hacia su plena realización.

En virtud de lo expuesto precedentemente, el CCyC consagrando el principio de tutela judicial efectiva en el art. 706 y haciéndose eco de la realidad, dispone en su art. 557 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.

Cabe recordar que uno de los tantos principios sobre los cuales se edificó el CCyC es el de realidad, la cual se muestra compleja y dinámica. En este contexto, sanciones que pueden ser una buena medida disuasiva en el marco de un grupo familiar pueden no serlo en otro, de allí que la novel legislación abre el juego a que se puedan proponer diferentes tipos de medidas según el caso concreto de cada grupo familiar en conflicto (Basset, 2015).

Ahora bien, en la resolución en comentario se podrían escindir las medidas dispuestas en dos grupos: una serie de medidas destinadas a la efectividad propia del régimen de comunicación establecido en la sentencia y otra serie de condenas conminatorias a fin de asegurar el cumplimiento por parte de la progenitora renuente.

Dentro del primer grupo, la primera medida que se dispuso fue la obligación de realizar o continuar realizado tratamiento psicológico a la progenitora. Esta medida es la que en el apartado anterior se refiriera como terapia bajo mandato, y tiene un alto grado restaurativo tanto para el renuente como para el niño, niña o adolescente afectado por la obstaculización.

Otras de las medidas dispuestas fue la aplicación de la ley de puntos de encuentro familiares, estableciéndose su implementación al caso como modo de seguimiento y determinación del mejor sistema de comunicación que se ajuste a las necesidades de la niña. Igual tarea y en el mismo sentido fue la delegación a los profesionales de una ONG a la se le



confirió intervención para “evaluar la posibilidad de restablecer el contacto de C. con la actora”.

Con respecto al segundo grupo de medidas impuestas, es preciso destacar que las mismas tienen contenido sancionatorio, en aras de conminar el cumplimiento de la progenitora renuente. De ellas se puede afirmar que la más novedosa es aquella que establece la realización de tareas comunitarias en beneficio de los niños alojados en dependencias de los hogares de la DINAF del Sistema de Protección de Derechos.

El magistrado, además de todo lo señalado hasta aquí, complementó las medidas dispuestas con otro tipo de medidas conminatorias con sanciones sociales, como la publicación edictos, diarios de circulación de la zona, comunicaciones a los lugares que frecuenta y medidas sancionatorias de registración. Este tipo de medidas, que si bien en un abordaje primario y superficial podrían emerger como desproporcionadas, más allá su carácter sancionatorio, son las que procuran el efectivo cumplimiento de aquellas medidas incluidas dentro del primer grupo.

Como es posible inferir, la resolución judicial en comentario pone de resalto la necesidad imperiosa de buscar nuevas herramientas que permitan garantizar el cumplimiento de las sentencias que establecen un régimen de comunicación cuando existe un obligado que lo obstruye y lo impide. En ese sentido, debe necesariamente tenerse presente desde en un primer momento, el procurar la eficacia –y el consecuente cumplimiento del derecho-deber de comunicación- incluso antes de la sentencia a través de medidas anticipatorias y provisionales y a través del dictado de sentencias que deben ser suficientemente flexibles para adaptarse a sucesivos eventos que puedan generarse.

Entonces, para dar por concluido este análisis, se destaca que la importancia de que el problema sea abordado tempranamente evita un conflicto mayor y más que puede suscitarse al momento de la ejecución de la sentencia: el niño, niña o adolescente ya se alió con el progenitor obstructor (recordar en este punto el síndrome de alienación parental), rechazando el restablecimiento del contacto con el progenitor obstruido. Por ello se considera que el desafío más importante es buscar el efectivo cumplimiento de la sentencia que fija el régimen de comunicación.

## Conclusiones parciales

Este último capítulo deja como reflexión que una de las preocupaciones que el legislador argentino plasmó en el texto del Código Civil y Comercial en materia alimentaria es su efectivo cumplimiento, algo que también se extiende al derecho de comunicación que no escapa a esta connotación. El art. 557, de manera amplia, establece 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”.

Los regímenes de comunicación, como oportunamente se destacara, pueden ser establecidos por sentencia firme, o también pueden ser acordados por las partes y homologados en sede judicial. Ahora bien, lo cierto es que cualquiera sea su origen, no siempre este derecho de comunicación es cumplido según las pautas acordadas o fijadas judicialmente. Es por ello que para lograr la eficacia de las normas vinculadas al derecho de comunicación, el CCyC adoptó una postura amplia al igual que lo que regló en materia alimentaria.

Esta amplitud y flexibilidad en materia de comunicación concuerda con la complejidad y dinamismo propio de las relaciones de familia. Pero ello conlleva el interrogante sobre si para todas las personas las posibles sanciones a aplicar –analizadas en el derrotero de este acápite- tienen los mismos efectos disuasivos cuando se trate de lograr su efectivo cumplimiento por parte del progenitor que obstruye, ya sea el que convive con el hijo y detenta su cuidado personal, como aquel que ya no comparte el día a día con el niño o adolescente.

Las sanciones con las que cuenta el órgano jurisdiccional para asegurar el cumplimiento del régimen comunicacional, como pudo advertirse, pueden ser las más comunes como las astreintes, o cualquiera que para el caso particular, pueda ser susceptible de lograr el propósito buscado: retomar el contacto entre dos personas unidas por un vínculo de afecto que puede o no tener base jurídica en una relación de parentesco. Obviamente que cuando se trate del vínculo paterno-filial la cuestión toma mayor peso y alcance.

Otras posibles medidas ante el incumplimiento podrían ser por ejemplo, las que suelen aplicarse en materia alimentaria, al ordenarse la prohibición de renovar el pasaporte o el impedimento de renovación de su licencia de conducir, ante el incumplimiento reiterado del

derecho de comunicación. Estas medidas, por su relevancia en muchos casos, podrían incluso resultar más efectivas que una mera sanción pecuniaria.

Asimismo, cabe destacar ciertas experiencias locales como son los registros de padres que obstruyeren el vínculo con el otro progenitor o de obstaculizadores de lazos familiares; tales como lo tienen establecido las provincias de Santa Cruz, Mendoza y Río Negro. En estos casos, son ámbitos institucionales a los que se dará intervención por derivación de la justicia para coaccionar a los progenitores que incumplan su régimen de comunicación y para que este modo se destraben los conflictos familiares.

Por último, si bien es propio del ámbito penal, podría aplicarse el delito de impedimento de contacto familiar. Si bien no fue analizado en el derrotero del capítulo pues solamente el estudio estuvo abocado a las medidas de naturaleza civil, es oportuno hacer referencia por ser una medida de gran significancia y riesgo de quien se atreva a obstruir el vínculo familiar.

Como es dable inferir, son muchas las medidas que pueden adoptarse para forjar el cumplimiento del régimen de comunicación paterno-materno filial, y/o con quien el niño, niña o adolescente tenga un lazo socioafectivo. Pero es más importante destacar que es una cuestión también de creatividad jurisprudencial –siempre que las medidas se mantengan dentro de lo razonable- el efectivizar el cumplimiento de sentencia o acuerdos si se trata del efectivo acceso a la justicia y a la tutela de derechos de las personas.

## Conclusiones

Para dar por finalizado el trabajo de investigación se recuerda que el interrogante propuesto para intentar resolver se planteó en los siguientes términos: ¿En qué supuestos y bajo qué condiciones el régimen comunicacional es un derecho subjetivo propio del progenitor que visita a su hijo con quien no convive? Con base en este interrogante, el objetivo radicó en determinar si el régimen de comunicación regulado en el Código Civil y Comercial es un derecho que asiste a los progenitores que no convivan con sus hijos.

Se partió de la hipótesis que sostenía que los supuestos y condiciones del régimen de comunicación, entendida como un derecho-deber que asiste al progenitor no conviviente con su hijo, son: en cuanto al supuesto, es el hecho de no convivir con el descendiente. Y las condiciones: el ejercicio de la responsabilidad parental, bajo la modalidad de cuidado indistinto, con los deberes que le impone ésta con más las precauciones necesarias que propendan a la tutela del niño, niña o adolescente que no conviva con el progenitor que reclama la comunicación.

Esta hipótesis antes citada ha sido corroborada en el derrotero del trabajo. Y ello se afirma al recordar el análisis desarrollado el que, acto seguido, será sintetizado en sus aspectos más relevantes.

a) El art. 555 del CCyC establece las reglas sobre el derecho de comunicación. En ese sentido, facilita, alienta y protege las relaciones entre los ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad, con los menores y las personas con capacidad restringida y en especial las relaciones de los nietos con los abuelos. Correlativamente sanciona y busca desalentar a quienes impiden, obstruyen o ejercen de manera abusiva el derecho-deber comunicacional.

b) Frente al que tiene la facultad de exigir el cumplimiento de una prestación, se presenta el deber jurídico de la otra parte de satisfacer esa prestación. Esto, en el ámbito de los derechos personales, el deber jurídico se encuentra individualizado, quedando comprendidas en este marco las relaciones jurídicas familiares que tienen entre otros centros de interés, el mantenimiento del vínculo que las enlaza como tal. Entonces, el individuo frente al derecho objetivo - en una posición activa- es titular de un derecho subjetivo emanado del derecho objetivo y -en una posición pasiva- es titular de un deber jurídico. Esto a su vez se complementa con los supuestos donde el titular de un derecho subjetivo tiene al mismo tiempo un deber jurídico que emana del mismo; tal el caso aquí estudiado del régimen comunicacional.

c) El legislador argentino buscó favorecer las relaciones entre los parientes –e incluso con aquellas personas no unidas por parentesco pero sí por un fuerte vínculo socioafectivo- y trató de impedir que los niños y los adolescentes se transformen en trofeos cuando haya disputa entre los adultos. Esta situación muchas veces ocurre cuando el progenitor que tiene el cuidado personal del niño pretende cortar los vínculos de aquél con el otro progenitor no conviviente o con la familia de este último y a veces con la propia. Vale recordar aquí el síndrome de alienación parental.

d) El régimen establecido por el CCyC entiende que para el bienestar de la infancia y la adolescencia es conveniente el contacto con sus familiares directos y con la familia extendida o con las personas con las cuales, por el motivo que fuere, ha creado un fuerte lazo de afecto y contención (algo que esta tesis entiende habrá que acreditar en el proceso ya que no cualquiera debe estar habilitado para el contacto con niños, niñas y adolescentes, mucho menos si dicho vínculo no le aporta beneficios o, incluso, le puede ocasionar ciertos perjuicios a su salud psicofísica). Y es por ello obliga a quien ostenta el cuidado personal a no impedir el contacto entre ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad y los menores y personas con discapacidad (art. 557).

e) Si los progenitores o personas que tienen el cuidado personal impiden el acercamiento y la comunicación de ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad el juez debe imponer medidas para disuadir esta conducta negativa y lograr de este modo el cumplimiento eficaz de la ley. Esto permite observar cómo el legislador se preocupó por esta problemática y entendió plasmando en el texto del CCyC que se requería un ordenamiento legal en materia comunicacional familiar eficaz y beneficioso para el ciudadano. Además, era necesario propugnar realidades normativas que sirvieran tanto a adultos como a niños y jóvenes.

f) Se dejó librado a la prudencia de los jueces las modalidades del derecho de comunicación otorgado, es decir, la frecuencia de los encuentros, los lugares donde éste se desarrollará, su duración e inclusive la necesidad de acompañamiento por alguna otra persona o funcionario judicial en caso de ser necesario.

g) Se otorga a los padres la posibilidad de oponerse al pedido de comunicación, cuando consideraren que ello puede ser perjudicial. Dicha oposición deberá ser fundada y estará en cabeza del oponente la carga de la prueba que la comunicación con la persona que la pretende puede ocasionar un perjuicio grave en el niño, niña o adolescente.

h) En cuanto al incumplimiento, se ha dicho que son varias las medidas que pueden adoptarse para evitarlo. Lo más relevante de esto es que las medidas sean amplias, flexibles, razonables pero que gocen de cierta entidad y significancia para quien incumpla el régimen pautado o dictaminado por sentencia judicial.

Hay que poner el acento en el hecho de que el régimen de comunicación entre padres e hijos se caracteriza por ser un espacio de vinculación posterior a una separación entre ellos. De allí que, atendiendo a los derechos y deberes que les asisten, es menester que dicha relación continúe del mejor modo posible. De lo contrario, un inadecuado régimen de contacto, implicará ante todo, derechos conculcados.

A ello se agrega que el régimen de comunicación parte del criterio de que el niño es sujeto de derechos y lo sostiene el principio de su interés superior y no objeto de las controversias que puedan generarse entre los adultos. Por ello es que el legislador ha sido precavido en esta cuestión y ha centrado la protección en los más débiles, sobre todo en materia de mantenimiento de vínculos, de otorgamientos de derechos-deberes y de restricciones al contacto.

Ahora bien, para ir dando por concluida la investigación, se trae a colación que tal como lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño en su preámbulo y surge integralmente de su espíritu, la familia “es el medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños”, es decir que “para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de una familia”. Esta afirmación, que es compartida por esta tesitura, es fundamental considerarla al momento de plantear la familia que se reorganiza con posterioridad a la ruptura de la convivencia.

El principio establecido en el art. 18 de la Convención dispone el compromiso del Estado de garantizar la responsabilidad de ambos progenitores en la crianza y el desarrollo del hijo. Y en el derecho interno, este principio, ha sustentado la instauración legal del ejercicio conjunto o indistinto de la responsabilidad parental, prevista en el Código Civil y Comercial.

A la luz de las disposiciones legales analizadas en la investigación, se insiste, el derecho de comunicación es un derecho del hijo y un derecho-deber del progenitor que no convive con él. Y ello a fin de lograr, en cuanto sea posible, el mantenimiento de la integridad de la relación paterno-filial mediante la conservación del vínculo más pleno que las circunstancias del caso concreto lo permitan.

En suma, el derecho de comunicación, en realidad, no es otra cosa que la adecuación del ejercicio concreto y materializado de la responsabilidad parental después de la ruptura del

matrimonio o la unión convivencial. Se desprende, además, que resulta explícito en el discurso legal que las visitas son un derecho que le asiste al progenitor que abandona el hogar de la familia. Derecho que conlleva su pertinente deber cual es el cumplir con la comunicación con el hijo y las demás obligaciones que el cuidado de un descendiente menor de edad impone.

## Bibliografía

### Doctrina

- Basset, U. C., (2012) “Parentesco. Consideraciones generales”, en *Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*, (comp. por Jorge Nicolás Laferriere) Buenos Aires: El Derecho
- Basset, U. C., (2015) *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético* (t.III) en Alterini, I. Buenos Aires: La Ley
- Belluscio, C. A. (2010). *Régimen de Visitas. Regulacion juridica*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Universidad.
- Belluscio, C. A. (2016). *Régimen de Comunicación (visitas) según el nuevo Código Civil y Comercial*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: García Alonso.
- Basso, S. (2013) *La participación del niño en los procesos y el abogado del niño, a la luz de un nuevo pronunciamiento de la Corte*. DFyP (01 DE Junio del 2013).
- Blanchard, V. (2015) “Procedencia del abogado del niño ¿en qué casos?” DFyP (04 DE Noviembre del 2015).
- Cataldi, M. M., (2014) “La responsabilidad parental en el Proyecto de Reforma del Código Civil”, RC, D-306/2014.
- Comisión Redactora (2014) *Fundamentos del anteproyecto. Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional nro. 884/2012* Infojus: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Fanzolato, Ed. I., (2004) “Comentario al art. 376 bis. del Código Civil”, en *Código Civil comentado, Derecho de Familia*, (t. III, arts. 264 a 494), Directores: Francisco A. M. Ferrer, Graciela Medina y María Josefa Méndez Costa. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Fanzolato, Ed. I., (2007) *Derecho de Familia*, (t. I) Córdoba: Advocatus.
- Faraoni, E. L. (2011). *Régimen Comunicacional, visión doctrinaria, Nuevo Enfoque Jurídico* . Cordoba: Grafica Solsona.
- Faraoni, F., (2015) “Un abordaje general”, en Krasnow, Adriana (dir.); Di Tullio Budassi, Rosana y Radyk, Elena (coords.), *Tratado de derecho de familia, una introducción al estudio del derecho de familia*, (t. I), Buenos Aires: La Ley.
- Fernández, S. (s.f) El rol del Ministerio Público en el nuevo Código Civil y Comercial, en *Revista del Ministerio Público*, nro. 16, p. 10. Recuperado el 22/10/2018 de [www.mpba.gob.ar](http://www.mpba.gob.ar).



- Fernández, S. E. (2017). *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes* (t.I). Buenos Aires, Argentina: AbeledoPerrot S.A.
- Fleitas Ortiz de Rozas, A., Roveda, E. G., (2004) *Manual de Derecho de Familia*, Buenos Aires: Lexis-Nexis.
- García O'Neill, V. (2016) “La nueva óptica sobre el niño, niña o adolescente” DFyP 2016 (mayo), 09/05/2016, 32.
- Gelli, M.A. (2011) *Constitución de la Nación Argentina—Comentada y Concordada* (4ª ed. amp. y act., t. I, arts. 1 a 43) Buenos Aires: La Ley.
- Giovanneti, P., Ricolfi, F. (2015) “Comentario a los arts. 529 y ss.”, en Rivera, Julio César y Medina, Graciela (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, (t. II) Buenos Aires: La Ley.
- Gowland, A. (s.f) “Patria potestad y visitas: terapia bajo mandato”, ED, 136-683.
- Guastavino, E. P., (1976) “Régimen de visitas en el derecho de familia”, JA 1976- I- 654 .
- Herrera, M., (2014) “Estado, ciudadanía y democracia. Algunos silenciados del derecho de familia: el papel de los abuelos en la familia del siglo XXI”, JA Sección Actualidad, 2011-I-4/28.
- Herrera, M. (2015) *Manual de Derecho de las Familias [Ebook]* Buenos Aires: La Ley
- Herrera, M., Caramelo G. (2016) “Comentario de los arts. 1 a 18”, en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, (t. I, Libro primero, artículos 1 a 400), Buenos Aires: Infojus.
- Hollweck, M. (2013) Un interesante precedente en procura de garantizar el derecho de comunicación con el progenitor no conviviente, en *Revista de Derecho de Familia y las Personas*, N° 9, octubre de 2013, p. 55, Buenos Aires: La Ley.
- Husni, A., Rivas, M.F. (2000) Algunas reflexiones respecto de los impedimentos de contacto con el progenitor no conviviente, en *Derecho de Familia* N° 17, p. 219, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Lloveras, N., Orlandi, O. (2011) “Una madre invisibilizada y una madre biológica visible, dos madres y la filiación del niñ@”, RDF, 2011-I-150.
- Makianich de Basset, L. N., (1993) *Derecho de visitas*, Buenos Aires: Hammurabi
- Mazinghi, E. M. (2015) “Las propuestas, el convenio regulador, y otras vicisitudes del proceso de divorcio” LA LEY 18/06/2015 AR/DOC/1955/2015.
- Medina, G., Roveda, E. (2016) *Derecho de Familia*. Buenos Aires: La Ley.

- Méndez Costa, (2008) en D'Antonio, D. H., (2008) “Derechos subjetivos familiares. Estado de familia. Acciones de estado. El acto jurídico familiar”, en *Derecho de Familia*, (t. I) Buenos Aires- Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Mizrahi, M.L, (2011) “Intervención del niño en el proceso. El abogado del niño”, LL, 2011-E, 1194.
- Mizrahi, M.L, (2014) “La asistencia y el acompañamiento terapéutico en el régimen de comunicación filial”, LL, 2014-C, 818 .
- Mizrahi, M.L, (2014) “Medidas civiles para la efectividad de la comunicación filial” LL 15/09/2014.
- Mizrahi, M.L, (2015) “Régimen de comunicación del niño con parientes y allegados”, RCCyC 2015 (julio), 99, AR/DOC/1978/2015.
- Mizrahi, M. L. (2015). *Responsabilidad Parental*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Mizrahi, M. L. (2016). *Restitucion internacional de niños*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Molina de Juan, M. F., (2012) “El parentesco en el anteproyecto de Código Civil”, SJA del 20/6/2012-41.
- Molina de Juan, M. F., (2014) “El derecho de comunicación en el nuevo Código Civil y Comercial”, RCD 1047/2014.
- Novellino, J. N. (2006) *Los alimentos y su cobro judicial* (2º reimp.) Santa Fe: Jurídica Nova Tesis.
- Otero, M. C., (2011) “Tenencia y régimen de visitas en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, DFyP 2012-11.
- Otero, M. C., (2012) *Tenencia y régimen de visitas*. Buenos Aires: La Ley.
- Otero, M. C. (2015). *Parentesco, filiación, adopción, responsabilidad parental, procesos de familia, parte pertinente* (1º ed.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Estudio.
- Pelegrina, U., Mignon, M.B. (2018) “La socioafectividad: sus implicancias en el terreno jurídico. Cuando la fuerza de los hechos y los afectos delimitan derechos”. RDF 87, 259.
- Quintana, T. (2011) El trabajo del abogado del niño a la luz de la normativa vigente Documento N. 582 (17 de Marzo de 2011).
- Rivero Hernández, F. (1997) *El derecho de visita*. Barcelona: Bosch.

- Rodríguez Iturburu, M. (2014) “La trascendencia jurídica de la subsistencia del vínculo de parentesco con los hermanos en la adopción. Otra sentencia Plena y Humana” LL Patagonia 2014 (junio), 261 .
- Sarquis, L. (2015) “Régimen de comunicación. Una herramienta idónea para construir y sostener vínculos afectivos” RDF 2016-I, 131.
- Taraborrelli, J.N., (1997) “Régimen jurídico del derecho y deber de adecuada comunicación entre padres e hijos (aspectos civiles y penales)”, JA, 1997-1-869.
- Vidal Taquini, C. H., (1982) “El vínculo familiar”, LA LEY, 1982-B, 800.
- Yuba, G. (2012) *Los niños, niñas y adolescentes y las garantías en los procedimientos judiciales y administrativos*, Buenos Aires: La Ley.
- Zannoni, E. A., (2002) *Derecho civil. Derecho de familia*, (t. 1, 4ª ed. actualizada y ampliada) Buenos Aires: Astrea.

## **Legislación**

### **Nacional**

Constitución Nacional

Código Civil y Comercial

Ley N°26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes

### **Internacional**

Convención sobre los Derechos del Niño

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre

Declaración Universal de Derechos Humanos

## **Jurisprudencia**

### **Internacional**

CorteIDH, “CasoNorinCatrimanyotros(Dirigentes,miembrosyactivistasdelPuebloMapuche) v.Chile”,29/4/2014

Corte IDH “Furlán y Familiares Vs. Argentina” Serie C No. 246, 31/08/2012

### **Nacional**

C.Apel.Civ, Com.y Minería. San Juan, Sala I, “.M., L.M. c S.Z., R.M.A”

CNCiv., sala I, “G. de V., M. y otro c. V., P. C.” 23/8/2005

Juzgado 2ª Nominación de Río Cuarto, Córdoba, "C. M. s/ Medida cautelar autosatisfactiva", 24/12/2004

Juzg. Civ., Com., Conciliación y Familia de Carlos Paz, Córdoba, AI nro. 54, 13/3/2002, "R. J. y otra s/homologación"

Juzg. Fam, N° 1 de Mendoza, "F., M. R. c. S., I. s/ ejecución", 06/04/2017