

María Inés Palma

Ley 24270

Impedimento de contacto de hijos menores

con padres no convivientes

Trabajo Final de Graduación
Universidad Empresarial Siglo 21
Carrera de Abogacía
Año 2018

RESUMEN

En muchos de los casos de divorcio vincular, separación personal o separación de hecho, los hijos terminan siendo rehenes de la situación, objeto de la disputa egoísta de ambos padres, o de la actitud inexplicable del padre conviviente, que trata al menor cual objeto sobre el que puede disponer arbitrariamente, sin considerar la importancia de la continuidad de la relación de éste con el padre con quien ya no convive. Agravado esto si se considera que, en la mayoría de las situaciones descriptas, el único fin del padre impidiendo es “molestar” a quien ya no comparte el hogar familiar, logrando con su actitud dañar al integrante más inocente del conflicto.

En los últimos años, y a raíz de la sanción de la Ley 24270, se logró en nuestro país el encuadre penal de un delito cometido en todos los tiempos, pero que no se encontraba tipificado en nuestro Código Penal. La instrumentación de esta Ley, de manera supletoria al Código Penal, vino a zanjarse cuestiones hasta ese momento no contempladas, y que hecharon luz sobre un conflicto que tanto perjuicio causa, en primer lugar, al interés superior del menor, que en el caso que nos ocupa, es el bien jurídico protegido.

Palabras claves: impedimento, contacto, obstrucción, menores, alienación

ABSTRACT

In many cases of divorce link, personal separation or separation in fact, children end up being held hostage to the situation, object of the selfish contention of both parents, or the inexplicable attitude of the parent partner, which is the minor which object on which can have arbitrarily, without considering the importance of the continuity of the relationship with the parent who does not live. Aggravated this if he is considered, in most of the situations described, the sole purpose of the father impidiente 'disturb' already does not share who the family home, achieved with his attitude hurt more innocent of conflict member.

In recent years, and as a result of the enactment of the law 24270, he was achieved in our country criminal framing of a crime committed at all times, but that was not established in our criminal code. The implementation of this law, extra way to the criminal code, came to settle matters heretofore not contemplated, and that hecharon light on a conflict that so much prejudice causes, first of all, in the best interests of the child, in the case that concerns us It is the legal protected.

Key words: alienation, impediment, obstruction, minors, contact

ÍNDICE

Introducción.....	6
Capítulo 1: El Impedimento de Contacto de Menores con sus Padres no Convivientes, su articulación con el Código Penal Argentino.....	11
1.1. Introducción.....	11
1.2. La Convención de los Derechos del Niño.....	11
1.2.1 Relaciones Familiares.....	13
1.2.2 Relaciones de los Hijos con sus padres.....	14
1.2.3 El concepto de Familia, y su encuadre con otros Tratados Internacionales.....	14
1.3. Sustento constitucional: la correcta comunicación entre padres e hijos. Art. 14 bis Constitución Nacional.....	15
1.4. Ley de Protección Integral de los Derencos de las Niñas, Niños y Adolescentes, Ley 26061...16	
1.5. Sanción de la ley complementaria: antecedentes y justificativos para su dictado.....	17
1.5.1 Antecedentes.....	17
1.5.2 Justificativos.....	18
1.6 La Ley 24270 como herramienta coercitiva, para desalentar conductas punitivas.....	19
1.7 Conclusiones parciales.....	20
Capítulo 2: Análisis de las figuras delictivas.....	21
2.1. Introducción.....	21
2.2. Figura básica: Impedimento de contacto de menores de edad con sus padres no convivientes..21	
2.2.1 Comisión u omisión del tipo por el padre impidiente.....	22
2.2.2 La realización de la conducta punible por un tercero.....	23
2.3. Figura agravada: Impedimento de contacto de menores de diez años o discapacitados.....	23
2.4. Figura básica: Mudanza de domicilio del menor, con el fin de obstruir el contacto.....	24
2.5. Figura agravada: Mudanza del menor al extranjero.....	25
2.6. Facultades atribuidas especialmente al Juez Penal por la Ley 24270.....	25
2.7 El Proyecto de Reforma de la Ley 24270	25
2.7.1 Las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación.....	26
2.8. Sanciones. Penas aplicables.....	27
2.8.1 La Suspensión del Juicio a Prueba.....	27

2.9. Conclusiones parciales.....	28
Capítulo 3: Ámbito de actuación de la Justicia Penal.....	29
3.1. Introducción.....	29
3.2. Requisitos de procedencia. Trámite judicial previo en sede civil.....	29
3.3. Intervención de la Justicia Penal.....	30
3.4. Articulación con el Fuero de Familia.....	30
3.4.1 Necesidad de actuación coordinada y conjunta para optimizar resultados.....	31
3.4.2. Coordinación ante la carencia de equipamiento técnico-profesional del Fuero Penal.....	31
3.5. Preeminencia de la voluntad del menor.....	32
3.5.1 La importancia de escuchar la opinión del menor.....	33
3.5.2 Actitud del padre conviviente ante la negativa del niño.....	34
3.6. Puntos de Encuentro Familiar.....	35
3.7. Conclusiones parciales.....	35
Capítulo 4: Relación del Impedimento de Contacto con otras figuras penales.....	37
4.1. Introducción.....	37
4.2. Abuso Sexual (art. 119 CP).....	37
4.3. Incumplimiento a los deberes de asistencia familiar (Ley 13944).....	39
4.3.1 El rol de los progenitores en el conflicto.....	40
4.3.2 Penalización del incumplimiento a los deberes familiares.....	40
4.3.3 Relación existente con el impedimento de contacto.....	41
4.4. Desobediencia (Art. 239 CP).....	42
4.5. La valoración de estas figuras como eximentes de responsabilidad.....	42
4.6. Síndrome de Alienación Parental (S.A.P.).....	43
4.7. Conclusiones parciales.....	43
5. CONCLUSIONES FINALES.....	45
6. BIBLIOGRAFIA.....	50
6.1 Doctrina.....	50
6.2 Legislación.....	52
6.3 Jurisprudencia.....	52

INTRODUCCION

La Convención Sobre los Derechos del Niño, ubicada en el techo del ordenamiento jurídico atento su incorporación en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, y el rango superior que le otorga el art. 31 de nuestra Carta Magna, protege específicamente en su artículo 9.3, el derecho del niño que esté separado de uno o ambos de sus padres, a mantener con éstos relaciones personales y contacto directo, excepto cuando tal separación sea necesaria atendiendo el interés superior del niño.

El Código Civil y Comercial de la Nación, recepetando los preceptos constitucionales, en el art. 652 contempla específicamente el derecho deber del progenitor a quien no se le ha atribuído el cuidado del hijo, a mantener con éste fluída comunicación. Por su parte, en la Sección 2º agregada al segundo capítulo, se regula dicho derecho de comunicación, los legitimados al mismo, e incorpora otros beneficiarios que puedan justificar un interés afectivo legítimo.

La Ley 24270, antecesora de la la reforma al CCyC, prevé la sanción a aplicar a quienes impidan el contacto de los menores con los padres no convivientes. Esta norma complementaria del Código Penal, contempla pena en expectativa para el progenitor o el tercero que interrumpa el derecho de comunicación contemplado en el art. 555 CCyC. Su aplicación persigue el restablecimiento del vínculo paterno/materno-filial, basado fundamentalmente en la importancia que para el menor tiene el contacto fluido y permanente con sus progenitores.

Las denuncias de impedimento de contacto pueden darse por el accionar de padres inescrupulosos que recurren a la justicia penal para neutralizar la labor que pueda estar llevando a cabo la justicia de familia (en el caso del padre no conviviente, por ejemplo, para contrarrestar el incumplimiento a los deberes de asistencia familiar). También puede suceder que el apdre obstructor incurra en alguna otra figura penal, como la sustracción de menores, y de esa manera lograr el objetivo propuesto: la falta de contacto con el padre no conviviente.

La continuidad en la relación padre-madre/hijo no solo posibilita la participación de ambos padres en la crianza y en la toma de decisiones respecto de la educación del menor, sino también en lo que hace al vínculo afectivo, con todas las implicáncias psicológicas que puede producir la falta de afecto de uno de los progenitores, carencia que probablemente será detectada en la adultez de este menor, cuando ya es muy difícil revertir los daños ocasionados, e imposible recuperar tiempos

perdidos. La amenaza coercitiva de pena estatuida en la Ley de Impedimento de Contacto de Menores con Padres no Convivientes podría desalentar la reincidencia de determinadas conductas.

Por tanto el papel que juega la Justicia Penal ante estos casos extremos, se torna imperioso, aplicando el debido reproche punitivo al responsable del derecho deber obstruido. No obstante, debe ser sumamente merituada la modalidad de cumplimiento de la pena, atento a que se caería en una contradicción si se procediera a condenar a prisión al progenitor impidente, dado que se supone que ambos padres son figuras fundamentales para el equilibrio psíquico del hijo. Es dable tener en cuenta que se impndrá la misma ante la imposibilidad de aplicar salidas alternativas, por violaciones que ponen fin a la condena en suspenso, o reincidencias, por así preverlo el monto de la pena impuesta.

Ahora bien, al referirnos supra a los legitimados para ejercer el derecho de comunicación, podemos observar que el CCyC en el artículo 555 incluye taxativamente a ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado. Asimismo, en el artículo 556 agrega como otros beneficiarios, a quienes justifiquen un interés afectivo legítimo. Surge como impostergable la necesidad de incluir en la norma complementaria del Código Penal a todos los agentes legitimados para el ejercicio del derecho de comunicación.

El contacto de la persona menor de edad, con capacidad restringida, o enferma o imposibilitada, tal cual lo manifestado en los párrafos precedentes, goza de protección legal. ¿Cubren los alcances de la Ley 24270 los presupuestos establecidos para proteger el derecho deber de comunicación, o se deberá recurrir a remedios legales alternativos suministrados por otros fueros? El objetivo general de este trabajo es analizar cuáles son los supuestos de aplicación de la mencionada norma, y la interrelación con el fuero de familia

Se recurrirá a los siguientes objetivos específicos para su concreción: explorar los antecedentes y justificativos para el dictado de la Ley 24270, y su utilización como herramienta preventiva y coercitiva; examinar aquellas situaciones en las que se autoriza la aplicación de la Ley 24270, y las condiciones para el encuadramiento de los distintos tipos penales previstos; el proyecto de reforma de la Ley 24270, y la inclusión de la figura de los abuelos y legitimados por el artículo 556del CCCN, en el articulado de la norma; indagar la procedencia del trámite judicial previo en sede civil, y la subsidiariedad de la Justicia Penal; la coordinación con los Juzgados de Familia; verificar si el abuso del progenitor y el incumplimiento de los deberes alimentarios se pueden considerar como atenuantes al momento de analizar la responsabilidad del padre impidente;

analizar la conveniencia de la creación de Puntos de Encuentros Familiares, atento la prueba piloto realizada en la ciudad de Mar del Plata.

Para dar sustento legal a lo dicho, en el primer capítulo se abordarán los antecedentes sobre los que se apoya el dictado de esta ley complementaria del Código Penal. Se tomarán los preceptos de nuestra Carta Magna, como pilar basal de la cuestión, atento a que en ella se ampara la adecuada comunicación entre padres e hijos, en su art. 14bis; también las prescripciones de la Convención de los Derechos del Niño, por cuanto expresamente consigna que los Estados parte deberán respetar el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos, de un modo regular. Por lo expuesto, fueron sobrados los motivos que tuvieron nuestros legisladores al presentar el proyecto de ley que vino a cubrir la laguna legal existente respecto al tema.

Al abordar el segundo capítulo, se analizarán los distintos tipos contemplados en la normativa en cuestión. Así, se tratarán las dos figuras básicas, con sus agravantes, tal cual se encuentran redactadas en la Ley 24270; y el proyecto de reforma presentado para la inclusión en el articulado de las figuras de abuelos y otros beneficiarios que justifiquen un interés afectivo legítimo; se prestará especial atención y estudio a las sanciones previstas, y las maneras alternativas de resolver la cuestión: la posibilidad de otorgar el beneficio de la suspensión del juicio a prueba para aquellos casos en los que se den las condiciones previstas en el art. 76 bis del CP; los riesgos de nuevos conflictos entre las partes, en caso de aplicar condenas de cumplimiento efectivo o condicional; y la obligación de recurrir a todas las medidas que conlleven al restablecimiento de la relación de la familia en su conjunto.

En el capítulo tercero nos abocaremos al ámbito en el cual se deben ventilar estas cuestiones. Ya dijimos que la Ley 24270 es complementaria del Código Penal, pero de su letra surge claramente la remisión a otros fueros, y la actuación en forma conjunta de todo el engranaje judicial. En oportunidades resulta difícil establecer si es el Juzgado Penal quien impondrá el restablecimiento del vínculo, o si su tarea sólo se limitará a sancionar al padre incumplidor, dejando en manos del Juzgado de Familia la revinculación, atento poseer este Fuero recursos técnicos-profesionales capacitados especialmente para la temática. Pero por sobre todo, se analizará en este trabajo la entidad preeminente que se deberá otorgar a la voluntad del menor, quien resulta ser actor principal, y espectador gravemente dañado por las conductas negligentes y egoístas de los adultos.

Se analizará la implementación de Puntos de Encuentro Familiar, como alternativa para establecer o restablecer vínculos familiares, y garantizar la continuidad de los mismos.

Finalmente, en el capítulo cuarto, se analizarán las posibles relaciones del Impedimento de Contacto, con otras figuras penales. El límite entre la Desobediencia a resoluciones judiciales, el Abuso Sexual calificado por el vínculo, y el Incumplimiento a los Deberes de Asistencia Familiar, resulta no del todo determinable, en situaciones tan sensibles como los conflictos familiares. ¿Se podrían considerar eximentes de responsabilidad no taxativamente previstos en la norma, para el padre impidiendo?

Se intentará analizar si es el fuero penal de manera individual el adecuado para el tratamiento de la temática, o si se debe realizar una acción conjunta con los juzgados de familia, atento los profesionales especializados en la temática que se desempeñan en este fuero, y que poseen las herramientas necesarias para acompañar no solo la toma de decisiones adecuadas por parte de la judicatura, sino también la implementación y acompañamiento a los agentes actuantes, y entre otras cuestiones, evitar la comisión de nuevos delitos relacionados, ya sea por acción u omisión.

En cuanto al tipo de estudio a aplicar, y atento la existencia de información relevante sobre el tema, el mismo será eminentemente descriptivo de los antecedentes obrantes en la materia, para, en base a ello, analizar los supuestos de funcionamiento y requisitos para su utilización. Además, y habiéndose dictado la Ley de Impedimento de Contacto en el año 1993, nos encontramos ante una figura relativamente nueva en nuestro ordenamiento, por lo cual, con el fin de describir cualitativamente el fenómeno bajo estudio, se combinará con el tipo exploratorio, para lograr acceder al conocimiento que se pretende.

La estrategia metodológica, como se anticipara, será el método cualitativo, por cuanto nos permitirá interpretar las normas que regulan nuestra temática. Este enfoque utiliza la recolección de datos sin medición numérica para descubrir o afinar preguntas de investigación en el proceso de interpretación (Samperi, Collado y Baptista Lucio, 2010). Esta estrategia de investigación nos permitirá comprender el instituto del impedimento de contacto y distinguir en qué casos procede.

Para el desarrollo del presente trabajo de investigación se propone como punto de inicio el análisis de la Convención de los Derechos del Niño, la categorización del niño como sujeto titular de derechos, y la importancia fundamental del derecho del niño a ser oído, prestando especial

atención a su capacidad progresiva, es decir, sus opiniones tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo.

Se analizará el dictado de la Ley 24270 sancionada y promulgada en el mes de noviembre del año 1993, donde gracias a la labor desarrollada por las comisiones de Legislación Penal, y de Familia, Mujer y Minoridad de la Cámara de Diputados de la Nación, se presentó el Proyecto por ante la Cámara de Senadores, y se aprobó la ley, sin modificaciones a la propuesta efectuada por la Cámara Baja. El periodo comprenderá hasta la actualidad, transitando las relaciones de la ley que nos ocupa con los distintos pactos internacionales y con la legislación interna.

Respecto a los niveles de análisis, se estudiara la legislación, doctrina y jurisprudencia nacional y además se analizara, a modo comparativo, jurisprudencia de otros países, relacionada con la materia. Se establecerán asimismo relaciones del delito que nos ocupa con otras figuras penales.

CAPITULO I: EL IMPEDIMENTO DE CONTACTO DE MENORES CON SUS PADRES NO CONVIVIENTES, SU ARTICULACION CON EL CODIGO PENAL ARGENTINO

1.1 Introducción

En este primer capítulo, se tratarán los antecedentes de la ley 24270, complementaria del Código Penal. Se remitirá a la Convención de los Derechos del Niño, que reglamenta el tratamiento que deberán cumplir los Estados parte en aquellas situaciones en que el menor se encuentre separado de sus progenitores; la inclusión de la misma en la Constitución Nacional y el tratamiento que en nuestra Carta Magna se dispensa a la adecuada comunicación entre padres e hijos. Así se arribará al dictado de la Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, como pilar indispensable de los derechos fundamentales de los menores.

Todo este análisis conducirá a la importancia de regular los derechos de los menores en nuestro ordenamiento interno, y las motivaciones que impulsaron a nuestros legisladores a presentar el proyecto de ley originado en la Cámara de Diputados de la Nación, y tratado sobre tablas, por el Senado de la Nación. Y finalmente, se hará referencia al Proyecto de Reforma de la Ley 24270.

1.2 La Convención de los Derechos del Niño

La Convención de los Derechos del Niño inaugura una nueva relación entre niñez, Estado, Derecho y Familia. A esta interacción se la conoce como el modelo de la “protección integral de derechos” (Beloff, 2000)..

La Convención de los Derechos del Niño fue aprobada en el marco de la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y marcó un hito en la concepción de la infancia y la adolescencia.

Ya en el año 1924 la Liga de las Naciones, antecesora de las Naciones Unidas, avaló la primera Declaración de los Derechos del Niño, estableciéndose que “La Humanidad le debe a los niños lo mejor que tiene para ofrecer” (Gil Dominguez y ot, 2007).

Agrega Gil Dominguez (2007) que desde esa primera Declaración, hasta la sanción de la Convención, es decir en el año 1989, se desarrolló, perfeccionó y dio forma a una determinada concepción sobre la infancia y la adolescencia fundada en el respeto por sus derechos humanos, teniéndose presente su calidad de personas en desarrollo.

La Convención fue aprobada por nuestro Sistema mediante Ley 23849 el 27 de septiembre de 1990. Este instrumento internacional reconoce a las niñas, los niños y los adolescentes como sujetos de derechos, y establece que los Estados deben garantizar el ejercicio de los mismos por parte de los menores de manera prioritaria. Sienta las bases del trato que se debe dispensar hacia el menor, atento su condición de vulnerabilidad respecto de los adultos, resaltando la necesidad de que el mismo sea especial tanto en su vida cotidiana como en los procesos en los que de alguna manera se halle inmerso.

El comité de los Derechos del Niño, órgano internacional de expertos en los derechos de la infancia y la adolescencia, encargado de vigilar y analizar el cumplimiento de la Convención, fue fundamental para dar a conocer el contenido de la misma a través de las Observaciones Generales.

Precisamente, a través de la Observación General N° 12 se analiza el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que trata la condición jurídica y social del menor, en cuanto a sujeto de derechos, no obstante carecer de la plena autonomía del adulto. En el párrafo 1° del mencionado artículo se garantiza a todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, la que deberá valorarse debidamente, considerando la edad y madurez en cada caso en particular. El párrafo 2° se refiere en especial a la oportunidad que debe otorgarse al niño a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte.

Este derecho de todos los niños a ser escuchados es uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño.

Este último principio es tratado en la Observación General N° 14. En ésta se analiza el artículo 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño, por medio del cual se le otorga el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada. Se aplica como un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto.

Los Estados que adhirieron a la Convención se comprometieron a adecuar su marco normativo a los principios en ella promulgados, debiendo utilizar todos los medios necesarios para que cada niño goce plenamente de los derechos que le fueron otorgados. La Convención de los Derechos del Niño inaugura una nueva relación entre niñez, Estado, Derecho y Familia. A esta interacción se la conoce como el modelo de la “protección integral de derechos” (Beloff, 2000)

En nuestro país, y a partir de la reforma del año 1994, la CDN se encuentra incorporada en el art. 75 inc 22 de la Constitución Nacional. Lo trascendental no versa sobre la inclusión de la Convención de los Derechos del Niño, junto con los demás Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el articulado de nuestra Carta Magna, sino que se estableció una categoría novedosa en el derecho argentino, al otorgar jerarquía constitucional a todos aquellos mencionados en el citado inc. 22: la supremacía que adquirieron sobre las leyes y sobre la legislación infraconstitucional. Ello produjo una decisiva modificación y un positivo avance, en el orden de prelación jerárquica de las normas que integran el ordenamiento jurídico argentino.

Haro (2003), sugiere que la «pirámide jurídica» de Merckl en cuyo vértice estaba la Constitución, en el caso argentino se ha transformado ahora en un «trapezio jurídico» en cuyo lado superior se ubica la Constitución, más los Tratados de Derechos Humanos, ello sin dejar de lado el principio de la supremacía constitucional.-

1.2.1 Relaciones Familiares

La CDN reconoce a la familia como el grupo fundamental de la sociedad, y el medio natural para el crecimiento y bienestar de sus miembros. Así, el art. 5 deja establecido que los Estados Partes deberán respetar los derechos y los deberes de los padres o de la familia ampliada o tutores, si correspondiere, a direccionar y orientar a los menores a ejercer los derechos reconocidos para ellos por la CDN. En el art. 8º, inc 1¹, se dispone que los Estados partes se comprometan a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluyendo las relaciones familiares sin injerencias ilícitas. La preservación de la identidad del niño trae implícita, mediante el ejercicio del llamado derecho de comunicación, la posibilidad de mantener las relaciones familiares, aún con otras personas distintas a los padres.

El art. 18 de la Convención, por su parte, delega en los Estados Partes el mayor empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño, siempre contemplando el principio fundamental del interés superior del niño.

En consonancia con las disposiciones internacionales antes analizadas, el CCyC dentro del Libro Segundo, que trata las Relaciones de Familia, reglamenta en el Título IV el Parentesco, y

¹ Art. 8: ... inc. 1 CDN: Organización de las naciones Unidas, 1989: “Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.

dentro de éste, el Derecho de Comunicación, al que dedica una sección exclusiva. En el art. 555 se reconoce este derecho no sólo a las personas menores de edad, sino también a aquellas con capacidad restringida, o enfermas o imposibilitadas, con sus ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales y parientes por afinidad en primer grado, como también a quienes tengan un interés afectivo legítimo, excepto que se pruebe que la comunicación sea perjudicial para la persona con quien se intenta restablecer.

La legitimación activa para reclamar el derecho de comunicación ya no se encuentra determinada por un cierto grado de parentesco o la existencia de una obligación específica como la alimentaria, sino que otros parientes, como así también terceros allegados o referentes afectivos, quedan habilitados para petitionar el respeto por un lazo afectivo preexistente (Herrera, 2015)

1.2.2 Relaciones de los hijos con sus padres

A su vez el artículo 9º Inc. 3² establece que los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. Por último, el art. 10.2³ determina que el niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres.

1.2.3 El concepto de Familia y su encuadre en otros Tratados Internacionales

En los restantes Tratados incluídos en el art. 75 Inc. 22, también se contemplan situaciones de familia, por ejemplo, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Inc. 3) del Art. 16⁴; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el Art. 23⁵, ambos coinciden en

² Art. 9: ... Inc. 3. CDN. Organización de las Naciones Unidas, 1989: 3. “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

³ Art. 10: ... Inc. 2. CDN. Organización de las Naciones Unidas, 1989: “El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9o., los Estados partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención”.

⁴ Art. 16: ... Inc. 3: “Declaración Universal de Derechos Humanos: La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”

que: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Entendemos como tal también a la familia constituida por el padre no conviviente y el menor, y por ende, tal relación merecedora de la protección del Estado.

La Corte Interamericana de Justicia, en la opinión consultiva 21/2014, establece que la familia a la que toda niña o niño tiene derecho es principalmente la biológica, pero no obstante, recuerda que no existe un modelo único de familia, y que su definición no debe restringirse a la noción tradicional de una pareja y sus hijos. También pueden integrarla otros parientes, tíos, primos, abuelos, todos ellos miembros posibles de la familia extensa, incluso contempla, atento el contexto migratorio, personas que no mantienen con el menor de edad parentesco jurídico.

En igual sentido, el Comité de los Derechos del Niño⁶, dice que las referencias a la familia deben entenderse en el contexto local, y no limitarse a la “familia nuclear”, sino también a la “familia ampliada”, o incluso a definiciones comunales mas amplias que incluyen a abuelos, hermanos y hermanas, otros parientes, vecinos. Y en la Observación General 14 (2013), que como se citara supra desarrolla el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, dice que “la conservación del entorno familiar engloba la preservación de las relaciones del niño en un sentido amplio”⁷

1.3. Sustento constitucional: la correcta comunicación entre padres e hijos. Art. 14 bis CN.

En el tercer párrafo del art 14 bis⁸, que forma parte del grupo especial de derechos constitucionales incluídos en nuestra Carta Magna, se contempla la protección integral de la familia. Zarini (1996) sostiene que lo que se pretende es promover a la familia a la jerarquía y dignidad de sociedad primaria y núcleo fundamental. De ahí que el precepto constitucional la ampara, garantiza y robustece en forma plena.

Citando al constitucional Jaureguiberry (1957), agrega que “tan digna de protección social es la familia del matrimonio, como la familia sin matrimonio”, y agrega que si bien existen doctrinas no pacíficas al respecto, la familia sin matrimonio es una realidad social insoslayable (Zarini, 1996).

⁵ Art. 23 inc 1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”

⁶ CDN: “La violencia contra los niños en la familia y en la escuela” (2001). Manual de aplicación de la Convención de los Derechos del Niño, UNICEF.

⁷ CDN: Observación General 14 (2013), apart. 70 (art. 3, párr. 1).

⁸ Art. 14 bis. C. N.: Santa Fe, Paraná. 1994: “... En especial, la ley establecerá... la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.”

Es innegable el amparo constitucional que detenta el derecho del menor a la comunicación permanente y estable con el progenitor no conviviente, con quien tiene constituída la otra parte de la familia binuclear formada a partir de la separación física de sus progenitores. De esta manera queda plasmado en el articulado de nuestra Ley Suprema el contacto permanente entre padres e hijos.-

Este mandato constitucional, refuerza la necesidad dentro del ordenamiento de una norma protectora especial del derecho del niño a continuar su relación con el padre no conviviente, aun con posterioridad a la separación o divorcio de sus progenitores.

El precepto constitucional intenta mantener a la familia como núcleo integrador y estable. En épocas como las actuales, en las que las realidades familiares se manifiestan bajo distintas estructuras, se deberá preservar el derecho-deber de comunicación del padre o madre con el hijo, en el supuesto de cuidado personal atribuido a solo uno de los progenitores, y así lo prevee el art. 555 del Código Civil y Comercial⁹, facultando e imponiendo simultáneamente la obligación de acompañar a sus hijos en su desarrollo físico, psíquico, intelectual y moral.

1.4. Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, ley 26061

El 28 de septiembre de 2005 se sanciona la Ley 26061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, con la cual se consolida en nuestro país un cambio de paradigma en lo referente a políticas de infancia. El objetivo central de esta Ley queda plasmado en el artículo 1º, y precisamente como el nombre de la norma lo indica, es la protección integral de los derechos las niñas, niños y adolescentes. Esto significa que se garantiza el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de los derechos para ellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.

El 2º párrafo del artículo 1º de la Ley 26061 dice que los derechos reconocidos por la norma están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el interés superior del niño. De ahí que Gil Dominguez (2007) afirma que la concepción de la infancia basada en estos preceptos, se funda en dos principios: el reconocimiento de los niños titulares de derechos, ya sea los comunes

⁹ Art. 555 CCCN “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”.

con los adultos o los propios; y el reconocimiento de la niñez como una etapa específica e indispensable del desarrollo humano.

Reconocer a los niños, niñas y adolescentes como “sujetos” y no meros “objetos” de protección, implica reconocerles la titularidad de los mismos derechos fundamentales de los que resultan titulares los adultos, más los derechos específicos que les son atribuibles por su condición de personas en desarrollo. (Gil Dominguez, 2007).

El compromiso del Estado argentino con los Niños, Niñas y Adolescentes fue asumido formalmente al ratificar la Convención de los Derechos del Niño, e incorporarla en el bloque de constitucionalidad de la Constitución Nacional. Como ya se expuso, la Convención resulta el cuerpo legal más relevante en lo que respecta al reconocimiento y respeto de los derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, considerándolos como complementarios para asegurar la protección de las Niñas, Niños y Adolescentes. (Morlachetti, 2013).

Con anterioridad al dictado de la Ley 26061, regía la Ley 10903/19, denominada “Ley Patronato”, en la cual los menores eran considerados objetos de tutela, de corrección, por ende, incapaces de participación en los asuntos que los afectaban. En el art. 3 la Ley 26061 plantea el interés superior como “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley” dándole prioridad a este principio en las políticas públicas y la asignación privilegiada de recursos, según surge de la redacción del art. 5. La concepción paternalista-tutela y vertical, vigente hasta la implementación de esta ley es diametralmente opuesta a la interacción propuesta por la protección integral, en la cual la relación paterno/materno-filial se da de manera más horizontal, con niños con participación activa en la misma.

Puede decirse entonces que una de las maneras de entender la “integralidad” tiene que ver con la protección de los derechos de todos los niños y no solo de sectores desfavorecidos...Las políticas deberían tomar un carácter universal (Cardozo y ot, 2017)

Cuando alguno de los derechos definidos por las leyes especiales se encuentre amenazado o violado, es deber de la familia, de la comunidad o del Estado restablecer el ejercicio de los mismos (Beloff, 2004)

1.5. Sanción de la ley complementaria: antecedentes y justificativos para su dictado.

1.5.1 Antecedentes.

La aprobación por el Congreso de la Nación de la Convención de los Derechos del Niño, sin lugar a dudas tuvo influencia en la celeridad con que se trató y aprobó el Proyecto de Ley elaborado por las comisiones de Legislación Penal y de Familia, Mujer y Minoridad de la Cámara Baja, y que dio origen a la sanción de la Ley 24270, con fecha 03 de noviembre de 1993, referente al: “Impedimento de Contacto de los Hijos Menores con sus Padres no Convivientes”.

Con anterioridad al dictado de la Ley 24270, no existía protección legal para las relaciones de los menores con su padre o madre no conviviente. Las figuras creadas por la normativa no tenían precedente en nuestro país; tampoco en las legislaciones extranjeras. El derecho comparado contaba con disposiciones genéricas, que castigaban conductas similares a nuestro delito de desobediencia a la autoridad, previsto y penado en el art. 239¹⁰ del Código Penal.

De esta manera, se llegaba a la punición del padre incumpliente a través de la denuncia del Juez Civil, por el incumplimiento que el progenitor cometía a una disposición judicial. El padre afectado no podía reclamar por motus proprio la comisión del delito penal por el otro progenitor.

1.5.2 Justificativos

La condición de sujeto de derecho otorgada al niño desde la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño, pone especial atención en el interés del menor de edad, por sobre cualquier otro.

La ley 24270, al tipificar la conducta omisiva del padre, madre o tercero conviviente que obstruye el derecho-deber de mantener el adecuado contacto de los hijos menores de edad con sus padres no convivientes, inserta en la justicia penal una herramienta jurisdiccional más a fin de tratar una problemática familiar que tiene como principal afectado al menor-sujeto de derecho, buscando desalentar conductas, tanto de progenitores como de terceros obstaculizadores.

En razón de haber sido promulgada la Ley 24270 en el año 1993, es decir, mucho antes de la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, existe doctrina contemporánea a la misma, que hace referencia respecto al bien jurídico tutelado, es decir, el específico derecho deber del padre no conviviente de mantener contacto con sus hijos menores de edad. De allí que Suárez y Lascano (1994), al tratar la adecuada comunicación, se remite a la patria potestad compartida (art. 264 inc. 2º del Código De Velez Sarsfield, según Ley 23515), en tanto Corbo (2004), dice que la comunicación

¹⁰ Art. 239. C.P.: “Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal.”

entre padres e hijos se trata de un derecho que no puede serle negado a ningún progenitor, aún cuando hubiese sido privado del ejercicio de la patria potestad.

El artículo mencionado fue derogado por la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación operada en el año 2014, encontrándose contemplado el derecho deber de comunicación en el art. 652 del CCyC, para aquellos casos en que el cuidado personal del hijo sea otorgado a uno de los progenitores.

No obstante, continúa vigente el espíritu de la "adecuada comunicación", mas allá de que en la actualidad se utilice el término "fluída comunicación" (Alterini, 2016), por denotar este último vocablo un mayor alcance, entendiéndose como tal no solo el contacto personal, sino todo aquel que se pueda llevar a cabo por vía telefónica, tecnológica, etc., como así también las épocas de descanso y vacaciones.

En el Nuevo Código Civil y Comercial, el derecho de comunicación de las personas menores de edad, con capacidad restringida, o enfermas o imposibilitadas, encuentra sustento en el art. 555, en el que a su vez se legitima a quienes están facultados a ejercerlo, es decir, ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado.-

El art. 556 del CCCN amplía la legitimación a otros beneficiarios que justifiquen un interés afectivo legítimo. Este concepto se encuentra en consonancia con la noción de "referentes activos" del art. 7º del decreto 415/2006¹¹, que reglamenta la ley 26061. Podría considerarse "beneficiario con interés afectivo legítimo" a un tío, un padrino de bautismo, un vecino, un profesor (Alterini, 2016)

1.6 La Ley 24270 como herramienta coercitiva, para desalentar conductas punitivas.

La Ley 24270 posee como objeto de su protección la preservación de la relación del padre con su hijo, con el cual no convive, es decir, lograr mantener la relación vital del menor, que se encuentra conviviendo con uno de sus progenitores o bien con un tercero. A través de este nuevo elemento legal se busca desalentar conductas, tanto a progenitores como a terceros, que obstaculicen la relación padre no conviviente-hijo (Manonellas, 2007).

¹¹ Art 7. Dto .Ley 415/2006:" Se entenderá por "familia o núcleo familiar", "grupo familiar", "grupo familiar de origen", "medio familiar comunitario", y "familia ampliada", además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección. ..."

Lo prescripto en el art. 3ro. de la Ley 24270, en cuanto concede al Juez la facultad de garantizar el contacto o la comunicación entre el padre no conviviente y el hijo, sin perjuicio del respectivo proceso en que se investiga la comisión del delito representa un abordamiento integral de la problemática, no limitando al juez a la sola y única misión de sustanciar la eventual comisión de un delito penal.

En sentencia interlocutoria, Recurso J095848, la Cámara Nacional Civil falló: “A pesar de los lazos que puedan romperse como consecuencia de la separación de la pareja, al existir hijos nacidos de ese matrimonio, subsiste siempre el vínculo que los une como padres, puesto que el menoscabo o la ruptura del vínculo paterno-filial provoca, habitualmente, conflictos difíciles de superar en la edad adulta.”¹²

Se debe garantizar a las víctimas, fundamentalmente a los menores involucrados, que en tanto se sustancia el proceso, se pueda restablecer la comunicación interrumpida, y conceder al padre obstruyente la posibilidad de redireccionar su conducta, en pos del beneficio del niño.

1.7 Conclusiones parciales.

La Ley 24270, complementaria del Código Penal, surge como una necesidad de encuadrar la conducta de padres que por distintos motivos, y desconociendo los derechos del menor y del padre no conviviente, obstruyen la relación entre ambos, esto en la mayoría de los casos, en contra de la voluntad de aquellos, y sin que exista impedimento legal alguno.

Fue de trascendental importancia el proyecto presentado por la Asociación de Padres Alejados de sus Hijos (APADESHI - movimiento en defensa de los hijos del divorcio), el cual dio sustento a la iniciativa parlamentaria, en el que se argumentó que los menores imposibilitados del contacto con sus padres se ven privados del trato habitual afectivo recíproco.

Se intenta que por intermedio de esta normativa, los padres obstaculizadores, ante la posibilidad de una sanción penal, no utilicen a los menores como rehenes de la situación, y permitan trato fluído con el padre no conviviente.

¹²CNCiv., Sala J, “P., H.O. c/ T., S.A. s/ ART. 250 CPC”, eIDial – AEED1 (1995).

CAPITULO II: ANALISIS DE LAS FIGURAS DELICTIVAS

2.1 Introducción

Se procederá al análisis de los arts. 1º y 2º de la Ley de Impedimento de Contacto de los hijos Menores con sus Padres no convivientes, y se desarrollarán los conceptos de impedir y obstruir, que constituyen la base sobre la que se formaliza el tipo penal.-

Posteriormente se analizará que grado de afectación deberá sufrir el derecho cercenado, para conformar la tipicidad penal, y en su caso, ante qué tipo del delito nos encontramos

2.2 Figura básica: Impedimento de contacto de menores de edad con sus padres no convivientes.

El art. 1ro de la ley 24270, en su primer párrafo, refleja la figura básica, es decir el impedimento de contacto de menores de edad con sus padres no convivientes, estimando la pena a cumplir:

Art. 1ro: “Será reprimido con prisión de un mes a un año el padre o tercero que, ilegalmente, impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes....”

La conducta disvaliosa consiste en interferir e impedir ilegalmente el contacto que debe existir entre los hijos menores de edad y su padre no conviviente, pudiendo consistir en cualquier tipo de artilugio. Impide quien se interpone imposibilitando el contacto; obstruye quien pone obstáculos o barreras para dificultar el contacto pleno y libre. (Koffman – Lazetera, 2016).

La acción que se penaliza es la de obstaculizar o impedir el contacto paterno filial contemplado en el art. 652 del CCyC cuando el cuidado personal se atribuya a solo uno de los padres. Esta obstrucción debe ser ilícita. El concepto es abarcativo: no define ninguna forma especial de ejecución, basta para que se configure el verbo típico, solo la acción, realizada en forma dolosa, y deberá estarse a las circunstancias de cada caso, para su encuadramiento, tal como lo ha expresado la Cámara Nacional de Apelaciones de Río Grande en “G.L.E. s/ Impedim. de Contacto”¹³

¹³ CNApel de Río Grande, Sala Penal, “G.L.E. s/ Impedim. de Contacto”, 104, LL Patagonia (2008).

El sujeto activo de este delito, puede ser cualquier persona que efectivamente impida u obstruya (Villada, 2007)¹⁴. Es decir, no necesariamente debe ser el padre o madre que detente el cuidado personal del menor de edad. También el impidente puede ser otro pariente o adulto que tenga la posibilidad de interferir entre el menor y el padre o madre no conviviente.

La ley no precisa las personas que se encuadran como terceros, por lo que en este punto podrían incluirse otros familiares del menor -sin importar si son sanguíneos o afines-, y todos aquellos que guarden con éste algún tipo relación de orden familiar, afectivo y jurídico. (Cueto, 2011)¹⁵. Pueden existir un sinnúmero de sujetos activos, los cuales pueden o no tener relación con los padres o los menores.

Los sujetos pasivos, en tanto, y atento el articulado actual de la Ley 24270, son el padre o madre no conviviente y el menor de edad o discapacitado.

Asimismo, y tal como surge explícitamente de la letra de la normativa, el tipo penal exige para su configuración que los padres no convivan. Suele suceder en algunas situaciones que a pesar de encontrarse interrumpida la relación de pareja, por razones económicas, fundamentalmente, padre y madre continúan conviviendo en el mismo lugar físico. Si en ese contexto familiar atípico, uno de los padres impidiere u obstruyere el vínculo del otro progenitor con sus hijos, estaría configurada la conducta típica, pero no se daría el requisito de no convivencia exigido por la norma.

2.2.1 Comisión u omisión del tipo por el padre impidente.

La descripción legal materializa un tipo penal que es a la vez de acción y de omisión. Ambos comportamientos pueden efectuarse por medio de una acción, (por ej. retirar al menor del domicilio al momento en que el padre no conviviente lo debía buscar para compartir su tiempo en común), o como una omisión (no llevar al menor bajo su custodia, al lugar convenido por el régimen de visitas establecido por el Juez). La acción u omisión debe ser desplegada de manera dolosa, queriendo el impidente lograr la frustración del vínculo.

Cuando la ley se refiere al impedimento ilegal, toma en consideración que no exista al momento del hecho una causa grave que justifique el accionar del padre responsable del cuidado del menor; si el contacto del hijo no conviviente con el progenitor obstruido, pusiera en peligro algún aspecto de su salud, y dicho extremo puede ser corroborado judicialmente, el juez evaluará las

¹⁴ Villada

¹⁵ Cueto

particulares circunstancias de cada caso para adoptar la decisión más justa y ajustada a los intereses del menor. (Manonellas, 2007) “...la conflictiva relación de los progenitores, acreditada en el expediente de violencia familiar en trámite, hicieron que la imputada pensara que así evitaría un mal mayor”.¹⁶

Asimismo, no resulta presupuesto la existencia de un régimen de visitas estipulado previamente en sede civil o por acuerdo de partes. La ilegalidad se configura solamente con el impedimento o la obstrucción, y ello se refuerza con la facultad del juez penal de establecer transitoriamente dicho régimen.

2.2.2. La realización de la conducta punible por un tercero.

Asimismo, el artículo contempla que ambas conductas, el impedimento o la obstrucción, pueden ser desplegadas por el padre que ejerce la tenencia legítima del niño, como por un tercero.

En el caso de un tercer agente involucrado, la acción se puede llevar a cabo ocultando al padre no conviviente información respecto del paradero del niño, conducta que puede ser desplegada sin el conocimiento del padre que detenta la tutela del menor, en cuyo caso este último no estaría comprendido en los preceptos del artículo en cuestión; o podría ser ejecutada en connivencia con el padre que ejerce el cuidado personal unilateral, en cuyo caso el tercero resultaría partícipe del hecho.

También puede acontecer que el menor no viva con ninguno de sus padres, y que el tercero impidiente obstruya e impida el contacto con ambos progenitores. Suárez y Lazcano (1994), enumeran los tres supuestos en los que por diversas circunstancias un tercero puede poseer la tenencia del menor: a) en los casos de padres incapaces o privados de la patria potestad, en cuyo caso los menores están sometidos a un tutor legal; b) menores en guarda judicial, con fines de adopción, o guarda concedida a los abuelos, o delegación de la guarda a un tercero por voluntad manifiesta de los propios padres; y c) menores sujetos al patronato del Estado nacional o provincial.-

Al igual que en el caso de la conducta desarrollada por el progenitor, debe existir dolo directo, es decir, intención por parte del tercero, de imposibilitar el contacto del menor con el progenitor con el cual no convive.

¹⁶CNCrim. Y Correc., Sala V, DJ, 2006-1-547, y Rep. LL, 2006-1767, sum. 34

2.3 Figura agravada: Impedimento de contacto de menores de diez años o discapacitados

En el segundo párrafo del art. 1ro, la ley se refiere a la figura agravada, en tanto se trate de un menor de 10 años o de un discapacitado:

Art. 1ro: "... Si se tratare de un menor de diez años o de un discapacitado, la pena será de seis meses a tres años de prisión."

El agravante previsto en el 2do.párrafo tiene relación con la mayor dependencia del sujeto pasivo, ya sea por su edad –menor a diez años-, o por su discapacidad. El estado de indefensión y desprotección de dicho sujeto pasivo hace mas vulnerable la lesión al bien jurídico correspondiendo en consecuencia una mayor cobertura normativa.

En lo que respecta al hijo discapacitado, si consideramos la definición de dicho término: "quien adolece de un defecto físico o mental, ya sea congénito o adquirido, que le impide o dificulta alguna de sus actividades" (Suarez y Lascano, 1994), entendemos que la ley busca preservar aún mas celosamente el vínculo de un hijo con capacidades diferentes, con su progenitor no conviviente, por ser aún mas imperioso el contacto en estas circunstancias.

2.4 Figura básica: Mudanza de domicilio del menor, con el fin de obstruir el contacto.

Art. 2. "En las mismas penas incurrirá el padre o tercero que para impedir el contacto del menor con el padre no conviviente, lo mudare de domicilio sin autorización judicial..."

De la redacción del art. 2do. Surge el otro tipo contemplado por la ley. En este caso el tipo se configura cuando el sujeto activo cambia la residencia en donde el menor habita, sin la autorización judicial correspondiente, y de esa manera obstruye o impide el contacto con el otro progenitor.

Al igual que en el art. 1ro., debe configurarse el dolo: la intención de la mudanza debe ser la de imposibilitar el contacto del menor con el progenitor con quien no convive, y la conducta reprobable podrá materializarse omitiendo comunicarle al padre o madre la mudanza, o bien brindando datos parciales del paradero evitando su encuentro con el niño.

También deberá acreditarse que la mudanza se realizó sin la debida autorización judicial, por cuanto si el padre que convive con el menor puede acreditar que notificó dicha situación al progenitor no conviviente, ello actuaría como una causa de justificación.

Esta figura admite la tentativa, la que se configura cuando la mudanza no pudo ser consumada, pero en este caso sí se puede demostrar la intención de llevarla a cabo. La interrupción de la acción debió tener como causa motivos ajenos a la voluntad del padre impidiendo, para que se

configure la tentativa, y no se confunda con el abandono de la mudanza por propia intención del progenitor.

2.5 Figura agravada: Mudanza del menor al extranjero.

En este caso, el agravante continúa siendo la mudanza del domicilio del menor, solo que en un modo específico: fuera del país

Art. 2. "... Si con la misma finalidad lo mudare al extranjero, sin autorización judicial o excediendo los límites de esta autorización, las penas de prisión se elevarán al doble del mínimo y a la mitad del máximo."

Si el lugar al que mudare al menor fuere el extranjero, o bien contando con autorización para cambiar el centro de vida, excediere los límites de la autorización, las penas previstas se aumentan.

Ello teniendo en cuenta que la comunicación entre hijo y padre no conviviente puede resultar aún más dificultosa si el menor se mudare a un domicilio en el extranjero. No obstante, para configurar el tipo, se deberá demostrar, como en las demás figuras descriptas, que existió dolo en el accionar del progenitor encargado de la tutela del niño, por ejemplo, mudando al mismo a un país no autorizado judicialmente o por un período de tiempo superior al acordado.

2.6 Facultades atribuidas especialmente al Juez Penal por la Ley 24270

El art. 3ro de esta Ley Especial autoriza al Juez o Tribunal Penal a arbitrar, en el término de diez días, los medios necesarios para restablecer el contacto del menor con el padre o madre obstaculizado, e implementar si lo considera atinente, un régimen de visitas provisorio, por un plazo breve de no más de tres meses, en el caso que no existiera uno fijado previamente por el Juez de Familia. Si lo hubiera, el Juez podrá ordenar que el mismo se cumpla.

No obstante la posibilidad que le otorga la ley de implementar medidas urgentes, precisamente por resultar las mismas provisorias, el mismo art. 3ro es determinante respecto a la notificación que debe cursar el Juez Penal a la Justicia Civil.

2.7 El Proyecto de Reforma de la Ley 24270.

El 15 de marzo de 2016, el Senador por la Pcia. de Córdoba, Ernesto F. Martínez, presentó un proyecto de Ley modificando la Ley 24270, incorporando a los abuelos en el régimen de penas por obstaculizar el vínculo del menor con los mismos. Este proyecto obtuvo media sanción por la

Cámara Alta el 19 de octubre de 2016, el mismo se encuentra en estado de revisión en la Cámara de Diputados, desde dicha fecha.

En los fundamentos, manifiesta Martínez (2016) que existe un vacío legislativo en nuestro país con respecto a esta temática. Que la redacción del nuevo Código Civil y Comercial respecto de las complejas situaciones que se presentan a diario en Tribunales, deja librado al criterio del Juez interviniente el establecimiento de medidas integradoras, a los efectos de dar protección a las partes más débiles ante este tipo de conflictos. Muestra de ello es lo establecido en el artículo 72 inciso 3° del Código Penal, cuando califica como delito el impedimento de contacto, pero expresamente refiere: “de hijos menores con padres no convivientes”.

Si bien existe jurisprudencia que sostiene que el derecho de los abuelos a la adecuada comunicación con los nietos es inalienable e irrenunciable, y que éste tiene como objeto la visión completa que debe tener el niño de su grupo familiar¹⁷, lo que se pretende con la reforma a la Ley especial 24270 es que se incorpore al inciso 3° del artículo 72 del CP, el siguiente modificatorio; “Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres y/o abuelos no convivientes y con aquellos que hayan sido legitimados a ese fin por autoridad competente”, y que de esa manera quede previsto el delito en expectativa para el padre o madre que obstruya el contacto, ya no solo con el otro progenitor, sino, atendiendo las nuevas figuras incorporadas por la reforma del Código Civil y Comercial, es decir, ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado, todos ellos descriptos taxativamente en el art. 555 del CCyC, como también a quienes justifiquen un interés afectivo legítimo (art. 556 CCyC).

Como puede observarse, los tiempos parlamentarios no tienen la misma premura que los tiempos biológicos de los menores que podrían estar necesitando la reforma del Código Penal, para así restablecer el contacto con los vínculos impedidos.

2.7.1 Las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación

Teniendo en cuenta la redacción del ya referenciado art. 555 del CCyC, el derecho de comunicación le es conferido no solo a los ascendientes, sino también a descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales, y parientes por afinidad en primer grado. Luego, en el Título VII, al tratar la Responsabilidad Parental, los codificadores tuvieron en cuenta estas otras relaciones, dejando plasmado como uno de los deberes de los progenitores, en el artículo 646, “respetar y facilitar el

¹⁷ CNCiv, sala F, 31/10/2011, “F., G.N. c. T., E s/ rpegine de visitas EDFA Online (67542)

derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo”.

Se amplía el espectro de personas que tienen un derecho subjetivo para visitar al menor, como podrían ser los tíos (no incluidos en los parientes del art. 555 del nuevo Código), o el conviviente con la madre del menor. (Bellusico, 2015).

2.8. Sanciones. Penas aplicables

El Impedimento de Contacto de Menores con sus Padres no Convivientes, solo comprende penas de prisión, estando facultado el Juez a imponer su cumplimiento efectivo. “La eventual condenación y hasta la posibilidad de pena efectiva, en caso de unificación por violación de la condicionalidad, implica la formalización definitiva del impedimento que se prohíbe penalmente. En lugar de reducir, se potencian los daños” (Erbeta, 2006).

En efecto, la adopción de tal medida, significará que la falta de contacto del progenitor no conviviente sería suplantada por la falta de contacto con el progenitor con quien habitualmente convivía el menor, quien pasaría a cumplir una pena de prisión de efectivo cumplimiento.

La respuesta punitiva representa un sinsentido en virtud de que este conflicto se presenta y debe, según lo entendemos, ser resuelto entre las partes: es un conflicto intrafamiliar... en modo alguno puede legitimarse una intervención represiva en casos como los tipificados en la ley 24270. En aquellos casos en que se sostuviera la necesidad, si es que de algún modo puede justificarse la existencia del derecho represivo solo podría aplicarse con medidas alternativas, como la mediación y la probation. (Carafa y García Fages, 2006)

2.8.1 La Suspensión del Juicio a Prueba: la importancia de su implementación para lograr la revinculación familiar.

El instituto de la Suspensión del Juicio a Prueba (Probation), fue incorporado a nuestra normativa penal mediante la inclusión de los arts. 76 bis y 76 ter del CP, y produce la paralización del proceso. Si durante el plazo de prueba el encausado cumple con las pautas impuestas, sometiéndose a un plan de conducta estipulado, repara el daño causado, y no comete nuevo delito, actúa como causal extintiva de la acción penal.

Es requisito entre otros, para su aplicación que sea solicitado por el imputado, y que se trate de un delito de acción pública. Si bien el tipo penal que nos ocupa es dependiente de instancia

privada, el hecho de su incorporación en el art. 72 del CP como delito de acción pública, lo habilita en todos los supuestos contemplados en los arts.1º y 2º de la ley 24270 para la aplicación de la probation. (Villar, 2003).

Con su implementación se persiguen fines específicos de política criminal, como son la reasimilación de la persona que ha incurrido en un delito y su reinserción en la sociedad, como también evitar el estigma que produce una condena.

Dentro de las pautas previstas por el art. 27 bis del CP¹⁸ para el cumplimiento del beneficio, se contemplan las de fijar residencia, someterse al cuidado de un patronato deliberados, y la realización de un tratamiento médico o psicológico, previo informe que acredite su necesidad y eficacia.

En el delito de Impedimento, puede ser muy beneficiosa la imposición de un acompañamiento profesional al padre o madre impidiendo, por cuanto existe reticencia al mismo por motus proprio. La pericia del profesional actuante y la función de guía y orientación sobre el obstaculizador, puede arrojar resultados sumamente positivos para el menor, y el restablecimiento de la relación paterno-filial interrumpida.

2.9 Conclusiones parciales.

El bien jurídico protegido en el delito de impedimento de contacto es el interés superior del niño. En lo que respecta a su grupo familiar, el mismo se materializa en el mantenimiento y continuidad de las relaciones paterno-materno filiales. La obstrucción u obstaculización del contacto, impide una relación familiar sana y equilibrada a la que tienen derecho todos los niños, niñas y adolescentes, así como también sus progenitores.

¹⁸ Art. 27 bis C.P.- “Al suspender condicionalmente la ejecución de la pena, el Tribunal deberá disponer que, durante un plazo que fijará entre dos y cuatro años según la gravedad del delito, el condenado cumpla todas o alguna de las siguientes reglas de conducta, en tanto resulten adecuadas para prevenir la comisión de nuevos delitos: 1. Fijar residencia y someterse al cuidado de un patronato.... 6. Someterse a un tratamiento médico o psicológico, previo informe que acredite su necesidad y eficacia... Las reglas podrán ser modificadas por el Tribunal según resulte conveniente al caso.” (Artículo incorporado por art. 1º de la Ley N° 24.316 B.O. 19/5/1994)

CAPITULO III: “AMBITO DE ACTUACION DE LA JUSTICIA PENAL”

3.1 Introducción

El art. 4º de la ley 24270 incorpora el delito de Impedimento de contacto de los hijos menores con padres no convivientes, como inc. 3º del art. 72 del CP¹⁹. Este artículo del código penal establece cuales son las acciones dependientes de instancia privada. Es decir, la acción solo puede ser iniciada por el damnificado, o su tutor, guardador o representante legal. Una vez iniciadas, continúan como si fueran de instancia pública, habilitando ello al Estado a continuar con la misma, aun ante el desistimiento del damnificado.

3.2 Requisitos de procedencia. Trámite judicial previo en sede civil.

Antes de la sanción de la Ley 24270, el impedimento de contacto no se encontraba contemplado en ningún tipo penal, quedando subsumido dentro del delito de desobediencia, previsto y penado por el art. 239 del Código Penal, pero para ello, debía existir un régimen de visitas previo decretado y homologado por la justicia civil.

Al suscitarse la situación conflictiva, el padre no conviviente que no contaba con un régimen de visitas ya estipulado quedaba desprotegido, al igual que los hijos menores. Era en ese momento que iniciaba el recorrido por los Juzgados de Familia, para conseguir en principio dicho régimen, y posteriormente, y ante el incumplimiento, acudir a la justicia penal, denunciando el delito de Desobediencia.

El art. 3ro de la ley 24270 habilita al Juez Penal a utilizar los medios que considere necesarios para restablecer el contacto del menor con quien resulte damnificado, y a determinar un régimen de visitas provisorio, mediante la aplicación de un proceso sumarísimo. Para instrumentarlo, puede convocar a una audiencia entre las partes, con el fin de arribar a un acuerdo, ello sin perjuicio de la intervención inmediata que debe dar al Juez de Familia, dado el carácter provisorio de la resolución recaída.

¹⁹ Art. 72 – C.P. “Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos: ... 3º) Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes. En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador. Cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre algunos de éstos y el menor, el Fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquél”. (Artículo sustituido por art. 14 de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999)

Esta facultad jurisdiccional debe quedar reservada a los casos en los que no se haya recurrido previamente al fuero civil.

3.3 Intervención de la Justicia Penal

La configuración del tipo penal de impedimento de contacto es independiente a la existencia o no de acuerdo de régimen de visitas en el fuero de familia: puede haber un acuerdo tácito entre las partes y frente a la negativa del progenitor que tiene a su cargo la tenencia de hecho, se configura automáticamente la figura delictiva; o puede darse la situación descripta supra: una resolución judicial en sede civil, que se incumple. El padre conviviente suele obstruir el vínculo inducido por determinadas situaciones como violencia, abuso, abandono del padre no conviviente. Pero en muchos casos, dicho impedimento es infundado, y será función del Juez Correccional el analizar la razonabilidad o no de las causales que aquel invoque para haber incurrido en el delito.

La ley penal no limita su intervención a los casos en que ya haya dictamen del Juzgado de Familia determinando el modo en que se aplicará el derecho, sino que permite que el juez penal intervenga con la sola denuncia de la obstrucción ilegal de la comunicación.

No obstante, tomado conocimiento, y habiendo recaído resolución en el conflicto llevado a dilucidar, la justicia penal deberá indefectiblemente dar conocimiento a la Justicia Civil.

3.4 Articulación con el Fuero de Familia.

El art. 3 de la ley 24.270 prevé una audiencia de contacto a la que deben concurrir las partes. Esta facultad jurisdiccional deberá ser reservada para aquellos casos en los que no se haya recurrido al fuero civil. Es decir, en los casos que ya haya tomado intervención la justicia de familia para la resolución de un régimen de visitas, convocar a esta audiencia significaría para el juez correccional expedirse sobre un asunto que, en paralelo, está siendo abordado por la justicia de familia. En el fallo “G., M. A. s/ audiencia de contacto”²⁰, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I, dispuso revocar el auto mediante el cual la Sra. juez de grado disponía la celebración de la audiencia de contacto que prevé el art. 3 de la ley 24.270 a la que debían concurrir el denunciante y la imputada, acompañada de su hija, por recurso interpuesto por el representante legal, en pos de reafirmar el interés superior del niño. Surge del fallo del Superior que

²⁰CNCrim. y Corr., Sala I, “G., M. A. s/ audiencia de contacto”, DFyP 90 (2017)

este conflicto familiar ya estaba judicializado ante el fuero de familia, y que en ese caso, toda decisión vinculada a la forma en que debe restablecerse el contacto de los niños con el progenitor no conviviente debe ser materia de debate ante el juez especializado.

Es el fuero de familia quien garantiza los principios rectores de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe, lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente previstos por el art. 706 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

3.4.1 Necesidad de actuación coordinada y conjunta para optimizar resultados.

Cuando la crisis involucra los intereses de niños y la actuación que debe evaluarse no es simplemente un delito, sino que tiene repercusiones que atañen al modo en que los progenitores ejercerán los derechos-deberes sobre la persona y bienes de sus hijos, la intervención judicial debe quedar reservada al juez natural, capacitado para el manejo de estas cuestiones.

Claro que ello no significa que la conducta tipificada no deba recibir una sanción del Derecho Penal. No obstante, para profundizar en cómo se evitarán nuevas denuncias penales mediante la elaboración de acuerdos o a través de decisiones judiciales que suplan esa autocomposición, la justicia especializada se encuentra - por lejos- en mejores condiciones de intervenir positivamente.

Es decir que, en estos casos la actuación de la justicia represiva debe ser entendida como subsidiaria. Aplicar sin más la norma penal, posibilitando al juez criminal establecer un esquema de comunicación provisorio, resultará una intervención iatrogénica que, sin solucionar la problemática de fondo, brindará un recurso transitorio.

3.4.2 Coordinación ante la carencia de equipamiento técnico-profesional del Fuero Penal.

De este modo, se ha dicho que el fuero de familia constituye el ámbito más propicio para procurar un abordaje interdisciplinario de estas problemáticas, toda vez que cuenta con equipos técnicos y profesionales adecuados; lo que le permite abordar con mayor racionalidad los conflictos familiares subyacentes

El rol del juez de familia, es por definición de pacificación, de conciliación, de consejo, acompañamiento y orientación a la familia en crisis. Debe guiar a éstos mientras abandonan la exhibición dolorosa de sus intimidades hacia caminos de reflexión, adaptación, crecimiento, reformulación de roles y capacidades. Por su intermediación con los miembros de la familia y por

encontrarse secundado por profesionales auxiliares, el juez de familia exhibe un compromiso en su labor para el acercamiento de los intereses en pugna. De esta manera, promueve una mayor efectividad de los acuerdos y de sus propias sentencias, al tiempo que demuestra su disposición para ocuparse, luego, del seguimiento o contralor del cumplimiento exitoso de la solución emergente.

De allí que la actuación del juez penal debe quedar reducida a los casos en donde las estrategias diseñadas por el juez especializado hayan fracasado, pues el fuero penal constituye la última ratio, una instancia reservada para la represión de conductas delictivas. Y creemos que este carácter subsidiario no habilita a considerar como recaudo la preexistencia de un proceso de familia, sino que el juez penal obrará con mayor prudencia al remitir automáticamente los antecedentes al juez civil en turno o al que haya conocido en algún proceso entre las partes y, en adelante, prestará su colaboración en la medida que le sea requerida conforme su competencia.

3.5. Preeminencia de la voluntad del menor.

Dentro del proceso judicial el niño tiene derecho a ser oído. Hacerlo partícipe y tomar en cuenta su opinión antes de la decisión judicial, es una cuestión primordial para asegurar su bienestar. En la concepción tradicional, el padre era quien representaba a sus hijos y quien hablaba por ellos.

El art 12 de la CDN trata específicamente esta cuestión, al concebir al niño como sujeto de derecho, y por ende, alcanzada cierta edad, contemplar su participación en los procesos que conciernen a su persona. La norma del artículo 376 bis del Código Civil (t.o. ley 21040), en cuanto impone a los padres la obligación de permitir la visita a sus hijos por parte de ciertos parientes, ha sido modificada por la Convención de los Derechos del Niño, en la medida en que esta última reconoce el carácter de sujeto del menor.

Así, en la sentencia interlocutoria dictada por la CNCIV, sala K, el Tribunal valora el dictamen del Sr. Asesor de Menores, en cuanto señala que los menores “nunca pueden ser objeto de un régimen de visitas, sino el principal sujeto de la relación que se intenta establecer. Por lo tanto, si ella no es deseada por el niño, o no resulta conveniente para él, atento a las especiales circunstancias que rodean al pariente que solicita la fijación del régimen, el interés prevalente del primero indica que, por el momento, debe postergarse tal pretensión.”²¹

²¹ CNCiv, Sala K, “M. de CH., S.E. c/S. de S., R.N.”, elDial - AEED5 (1995)

3.5.1 La importancia de escuchar la opinión del menor.

Escuchar al menor es una instancia al momento de determinar el grado de influencia que puede haber ejercido el padre o madre conviviente. Deberá estarse a las circunstancias de cada caso en particular, para corroborar judicialmente si la negativa del menor obedece a causas graves que hacen inconveniente el vínculo con su progenitor no conviviente (Manonellas, 2007).

En pequeños de corta edad, la negativa es menos relevante para tener en cuenta y eximir con ello de responsabilidad al padre encargado de la custodia del niño en la comisión del delito. No así en el caso de menores adolescentes, en tanto se deberá realizar un trabajo más exhaustivo, por parte del órgano jurisdiccional. Este joven sí puede haber sido influenciado por el padre obstaculizador, debiendo asimismo tenerse en cuenta el lapso de tiempo transcurrido desde que comenzara a suscitarse el impedimento de contacto. Es una tarea que se deberá llevar a cabo por medio de gabinetes integrados por profesionales especializados en la psicología infanto-juvenil.

No obstante, puede suceder que se compruebe que la negativa del menor al encuentro con su progenitor no conviviente tenga sustento en causas graves por parte del accionar de este último, o de su círculo íntimo, y en dicho caso la prioridad la tendrá la protección del menor, no sin tratar, en la medida de lo posible, de lograr finalmente la revinculación, a través de tratamientos con los distintos actores (padre, madre, menor desvinculado).

“...cuando la menor se negó entre llantos a ir a la visita y no quiso separarse de su madre, a la vez que su padre desistió de llevar adelante el contacto, una vez más los escollos no provinieron del accionar de la progenitora sino de la actitud de aquélla, no pudiendo reprocharse penalmente a la imputada la omisión de haber adoptado una conducta heroica como sería imponer a su hija mediante la fuerza la concurrencia al encuentro con el querellante, en circunstancias en que podría resultar contraproducente para la psiquis de la niña y para el logro de un vínculo normal y fluido entre ésta y su progenitor no conviviente”²²

En el fallo mencionado, la Cámara de Apelaciones de Río Grande falló que no cabía enmarcar estos eventos en el delito de "impedimento de contacto" previsto en el art. 1° de la ley 24.270. En el caso en cuestión, la justicia civil no tuvo en cuenta las reiteradas manifestaciones de la niña en cuanto a que no quería concurrir a ver a su padre, insistiendo con el régimen de visitas en el conflictivo estado de cosas, sin intentar abordar la actitud de la menor con otras estrategias, situación que devino en la denuncia por parte del padre no conviviente.

²²CNApel. Río Grande, Sala Penal, LL Patagonia, 104, (2008)

3.5.2 Actitud del padre conviviente ante la negativa del niño.

El padre o madre que detenta la tenencia del menor, podrá influir en la decisión de su hijo o hija respecto de mantener contacto con su padre no conviviente, producida la ruptura de la familia unipolar, cuando haya negativa expresa de los niños a mantener dicho contacto. En algunos casos la actitud del progenitor tendrá que ver con su relación actual con el otro padre.

Asimismo, puede suceder que hayan existido situaciones en el seno familiar que influyan en la decisión de los menores, como malos tratos, descuidos, del padre que ya no habita el seno familiar, y que el conviviente así lo interpreta, y apoya la decisión de los mismos. No es poco común para éste que desconozca la existencia del tipo penado por la ley 24270, y el hecho de respetar la decisión de sus hijos, y de entender que su accionar puede resultar conveniente para evitar males mayores en los menores, lo conduzca a la comisión del delito.

Por tal motivo, la Jurisprudencia no es unánime al respecto, y tan es así que dentro del mismo órgano jurisdiccional surgen fallos disímiles entre sí, atento el análisis particular que se debe realizar en cada caso, y siempre prestando especial atención a las manifestaciones de los menores.

Así, la Sala V de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, en c.21737²³ confirma el procesamiento del padre conviviente, aun ante el desinterés de la menor en contactarse con su madre, entendiendo que en dicho proceso resultaba irrelevante la manifestación de la niña para excluir la comisión del delito, toda vez que debe prevalecer el control de su educación, formación y asistencia material y moral por parte del padre no conviviente.

En fallo opuesto, en c.22680²⁴ la misma sala V confirma el auto que dispuso el sobreseimiento de un padre que puso en primer término los intereses y deseos de sus hijos, a quienes mudó de domicilio, pero quienes por su edad podrían haber mantenido el contacto con su progenitora no conviviente. En este caso, la Alzada valoró no sólo el conflicto que generaba a los menores la presencia del novio de su madre, sino también los informes psicológicos que daban cuenta de la personalidad conflictiva de la querellante.

El progenitor que detente la guarda del menor se encontrará de esta manera en una situación en la que deberá optar por atender las manifestaciones de su hijo, o enfrentar la posibilidad de una denuncia penal por parte del padre no conviviente. Será la justicia quien deba analizar la situación en profundidad, y decidir en consecuencia.

²³CNCrim.y Corr., Sala V, DJ, 2004-2-131, y Rep. LL, 2004-1662, sum.20.

²⁴CNCrim.y Corr., Sala V, EMILIO, Jorge Daniel. 06/11/03 c.22.680

3.6 Puntos de Encuentro Familiares

Los Puntos de Encuentro Familiares son espacios interdisciplinarios ofrecidos para el abordaje de la problemática familiar, en pos de propender a la desjudicialización de los casos de manera acorde a las nuevas legislaciones de Protección de Derechos de niños, niñas y adolescentes (Minnicelli, 2015).

Es una instancia alternativa para miembros de familias en estado de vulnerabilidad y carentes de recursos económicos propios, con el fin de evitar las interrupciones de vínculos familiares.

En algunas provincias, como Mendoza y Chubut, se encuentran creados por ley, y el objetivo es que en situaciones de ruptura familiar, este organismo técnico especializado pueda concretar regímenes de comunicación para que los niños y adolescentes puedan mantener su relación personal con ambos progenitores, como también con otros familiares y referentes afectivos, estableciendo su buen desarrollo psíquico, afectivo y emocional.

Durante el encuentro, se garantiza la seguridad y el bienestar de los menores, se ofrece la posibilidad de arribar a acuerdos para resolver el conflicto existente, y se rigen por principios de actuación tales como confidencialidad, imparcialidad, neutralidad, temporalidad, subsidiariedad, voluntariedad, pero fundamentalmente el interés superior del niño o adolescente, de manera tal que ante cualquier situación en la que se presenten intereses encontrados, siempre prevalecerá el del niño.

3.7 Conclusiones parciales.

Nótese que la letra del artículo no indica la celebración de una audiencia de contacto, ni la intervención de profesionales de otras áreas ajenas —o bien, complementarias— al derecho. Sin embargo, dentro del concepto de "medios necesarios", queda comprendida la posibilidad de convocar a las partes personalmente, pues ayudará a brindar un marco adecuado para lograr la pacificación del conflicto. La convocatoria del niño, niña o adolescente cuyo ejercicio del derecho de comunicación se ve afectado, no surge como necesaria o imprescindible a la luz de la norma en la dependencia judicial.

En cuanto a la pertinencia de la ley comentada en establecer que sea el fuero correccional el encargado de restablecer la comunicación obstruida, se han elaborado serias críticas, indicando que se trata de un fuero que no cuenta con un equipamiento técnico-profesional adecuado, que es una

norma que no tiene en cuenta la falta de especialización del juez penal, por lo cual el abordaje probablemente sería muy superficial, sin posibilidad de analizar la verdadera conflictiva familiar.

Señala Mizrahi (2014), luego de analizar diferentes pronunciamientos en esta materia que el fuero penal, advirtiendo la complejidad del problema, ha venido desempeñando un rol de suma prudencia y aplicando un criterio de precaución; buscando no entorpecer la labor de los jueces de familia y asumiendo la realidad de que no es tarea de un magistrado penal realizar evaluaciones sobre la crisis familiar, pues se trata de un trabajo que es propio de los jueces especializados.

De este modo, se ha dicho que el fuero de familia constituye el ámbito más propicio para procurar un abordaje interdisciplinario de estas problemáticas, toda vez que cuenta con equipos técnicos y profesionales adecuados, lo que le permite abordar con mayor racionalidad los conflictos familiares subyacentes.

CAPITULO IV: “RELACION DEL IMPEDIMENTO DE CONTACTO CON OTRAS FIGURAS PENALES”

4.1 Introducción

En los casos de divorcios destructivos es cuando se acentúan los esfuerzos por desvincular a los hijos y al padre no conviviente. Es en esta etapa en la que aparecen denuncias por abuso sexual, amenazas, malos tratos, desatención económica al sostén familiar, adicciones, desarreglos mentales, desinterés por los hijos.

Los protagonistas de estos procesos en muchos casos no pueden discernir entre las obligaciones maritales y las parentales, y ello genera conductas destructivas y pérdida de objetividad, de la cual, resultan víctimas inevitables los propios hijos.

La ley tiende a excluir del hogar conyugal a aquel sobre quien pesa la denuncia, hecho que favorece a quien se proponga efectuar una denuncia falsa: garantiza la tenencia del hijo y confirma su facultad de obstrucción. Ni siquiera interesa al denunciante que se llegue a una condena: la intención es básicamente obstruir el vínculo y utilizar la denuncia para dilatar el trámite civil de régimen de visitas, de modo que resulte casi imposible demostrar la inculcación maliciosa.

4.2 Abuso Sexual (art. 119 CP)

En su acepción general, abuso significa “aprovechamiento de una situación en contra de una persona o de una cosa”²⁵

El abuso sexual es el atentado al pudor, violentar sexualmente. El abuso deshonesto es el abuso carnal, pero sin cópula o coito, sin penetración y sin consentimiento de la víctima, o cuando exista o se presuma el consentimiento, pero la víctima sea menor de trece años.

El abuso sexual infantil es el delito en el que el victimario adulto satisface sus impulsos o deseos sexuales, con un niño de cualquier sexo aprovechándose de las debilidades, ignorancia o inexperiencia del menor, mediando engaño, violencia, amenaza, abuso coactivo, intimidatorio o una relación de dependencia con falta de consentimiento de la víctima por su sola condición de niño, afectándose su reserva y/o integridad sexual, implicando -o no- para éste, una experiencia traumática, que puede perjudicar su desarrollo evolutivo normal y que, además, está previsto en el Código Penal (Iparraguirre, 2004).

²⁵ Enciclopedia Jurídica OMEBA, t. IA, Ed. Bibliográfica Argentina

Efectivamente, el abuso sexual se encuentra contemplado en el rubro de los delitos contra la integridad sexual del Código Penal, en el art. 119²⁶ recientemente modificado por la ley 27352, impulsada para acotar el margen de interpretación que puedan tener los jueces sobre el texto; la redacción anterior del artículo, en su tercer párrafo, hacía referencia a que hubiere acceso carnal por cualquier vía, la redacción actual precisa: "acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías". Finalmente, el inc. b) del último párrafo contempla el agravante cuando el hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente o afín.

En el Código Civil, el abuso sexual intrafamiliar se puede sancionar con la suspensión de la patria potestad, la prohibición del contacto del abusador con el menor, y la consecuente acción reparatoria de daños morales, físicos y psíquicos.-

En lo que respecta a las leyes especiales de violencia familiar, estas contemplan la adopción de medidas de protección al niño o a la niña, y el apoyo terapéutico a toda la familia

Respecto de la relación existente entre este tipo penal y el impedimento de contacto de menores con padres no convivientes, muchas denuncias de abuso sexual se dan en divorcios destructivos o en el contexto de disputas por la tenencia de los hijos. La denuncia efectuada por un progenitor contra el otro padre, sea verdadera o falsa, puede provocar un grave daño en el menor si el proceso de investigación no es abordado con los profesionales especializados en el tema, y las consecuencias pueden ser potencialmente devastadoras sobre la vida del niño.

Los jueces que deben intervenir en el conflicto se enfrentan con el desafío de determinar la veracidad de la misma, debiendo poner especial énfasis en el caso en particular, por cuanto de la decisión a la que se arribe puede suceder que un abusador sexual siga causando daño con su accionar, o por el contrario, que una persona inocente sea culpada y penada, con la siguiente destrucción o perturbación del vínculo con sus hijos.

Según Manonellas (2005), las falsas denuncias por abuso deshonesto se plantean por dos causas principales, que son el intento de violación y el hecho de tocar partes íntimas.

Es sabido que el abuso deshonesto, no así el abuso sexual, es un delito que no deja huellas físicas, pero que puede causar lesiones y consecuencias psicológicas similares al abuso sexual. El recurso más utilizado para plasmar de forma objetiva el discurso del niño en casos de posible abuso

²⁶Art. 119 CP "Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de 13 años...."

sexual es la Cámara Gessell: entrevista videada a la que se somete al niño, y en la que el menor solo puede percibir la presencia de un profesional especializado en el tema., quien abordará la temática preservando el derecho de la niña y del niño a que su integridad sea respetada, a que no se violen sus fronteras epidérmicas y mentales.

Pedrosa y Bouza (2005) hacen referencia a que un indicador a tener en cuenta para determinar si el niño puede haber narrado una situación ficticia para involucrar al padre o madre no conviviente en una acción de este tipo, es la dificultad de recordar lo que haya dicho en una primera entrevista. Cuando el mensaje es inducido, es necesaria la repetición constante del mismo para que se arraigue en la memoria. Si el hecho fue vivido, si padeció el abuso, es recordado mediante el recuerdo libre. La inculcación maliciosa se realiza en determinado período, con un objetivo determinado, ocasional, y el menor es adoctrinado para ello.

Concluido el proceso, y siempre atendiendo los intereses del menor, deben extremarse los recaudos en el caso de que la revinculación sea considerada pertinente por el Juez actuante. En uno u otro supuesto (falsa denuncia o existencia real del delito), se deberán evitar situaciones que generen la mas mínima posibilidad de reincidir por parte del padre abusador, o de generar una nueva denuncia por parte del padre obstructor.

En todos los casos, y especialmente cuando el hijo es menor de cuatro años, será conveniente que la revinculación se concrete con la presencia de algún familiar neutral al conflicto, o un profesional designado por el Juez.

4.3 Incumplimiento a los deberes de asistencia familiar (Ley 13944).

La ley 13944 fue dictada en nuestro país en el año 1950, y solo modificada para actualizar la multa prevista en el art. 1º, y para agregar el art. 2º bis. El art. 1º, con la última actualización, dice: “Se impondrá prisión de un mes a dos años o multa de setecientos cincuenta pesos a veinticinco mil pesos a los padres que, aun sin mediar sentencia civil, se substrajeren a prestar los medios indispensables para la subsistencia a su hijo menor de dieciocho años, o de más si estuviere impedido”.

En tanto en el art. 2º bis se incorpora por ley 24029 el delito de insolvencia alimentaria²⁷, que reprime a quien destruyere, inutilizare, dañare, ocultare, o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente con el fin de eludir obligaciones alimentarias.”////

Nuestra legislación adscribió al sistema material y directo. Material, en tanto sólo protege la asistencia económica no contemplando la moral; directo, por cuanto no requiere de sentencia civil previa para la actuación en sede penal “El particular damnificado puede querellar o formular denuncia, aunque no hubiere reclamos por alimentos” (Belluscio, 2013). No obstante es común que se inicie la acción penal con posterioridad al fracaso de la ejecución de la cuota fijada en sede civil.

4.3.1 El rol de los progenitores en el conflicto.

Se pueden dar distintas situaciones que se relacionan con el posicionamiento del padre o la madre en la conflictiva referente a la cuota alimentaria, y su relación con el impedimento de contacto.

Cuando el padre no conviviente incurre en el delito de incumplimiento a los deberes familiares, se somete al niño a un doble abandono: el económico, que lo limita en lo que respecta a la disponibilidad de los recursos necesarios para su desarrollo; y el tiempo material extra que deberá dedicar el conviviente al ausentarse posiblemente por un lapso mayor del que lo hacía cuando la familia convivía, para de esa manera lograr que sus hijos continúen con el mismo status social y económico que poseían al momento de la separación.

También suele suceder que ante la falta de aporte de la cuota alimentaria correspondiente, ya sea porque ha variado su situación económica, o porque no tiene interés en continuar con el deber familiar de manutención, es el mismo progenitor incumpliente quien interrumpe voluntariamente el contacto con sus hijos y su ex conyuge, a fin de eludir la responsabilidad de manutención y el reclamo por parte de la otra parte.-

4.3.2 Penalización del incumplimiento a los deberes familiares.

Cuando el damnificado, ante la falta de respuesta y solución en sede civil, recurre a la Justicia Penal, y denuncia el Incumplimiento a los Deberes Familiares, intenta de esa manera

²⁷ Art. Ley 13944: “Será reprimido con la pena de uno a seis años de prisión, el que con la finalidad de eludir el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare, ocultare, o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuyere su valor, y de esta manera frustrare, en todo o en parte el cumplimiento de dichas obligaciones.”

coercionar al obligado para que retome la obligación alimentaria, pero puede suceder que esta acción agrave el conflicto familiar.

La penalización importa una conducta que de alguna manera cuenta con desaprobación social, y ello podría significar para el incumpliente mayor rispidez en la relación con su ex cónyuge. Lo cierto es que ante los reiterados intentos de cumplimiento por medio de la vía civil, y la falta de solución al problema, no quedan otros caminos legales para intentar que se reponga la obligación de asistencia económica a la familia no conviviente.

Finalmente, Belluscio (2013) dice que no tiene sentido el debate, y que si bien el Derecho Civil ha fracasado en la solución del problema, tampoco pudo resolverlo el Derecho Penal. Es un tema complejo, que requiere multiplicidad de medidas, para ser abordado, sin lugar a dudas de manera interdisciplinaria y conjunta por los distintos órganos jurisdiccionales.

4.3.3 Relación existente con el impedimento de contacto.

Respecto de la relación existente entre las obligaciones alimenticias y el derecho de visitas, es muy común que el progenitor que no convive con sus hijos utilice la cuota alimentaria como herramienta de presión y/o coherción para con el ex cónyuge. Como contrapartida, el incumplimiento de la cuota alimentaria por parte de uno de los progenitores, no habilita al padre o madre conviviente a restringirle las visitas al menor, siempre considerando que la alimentación y el contacto paterno filial son derechos de los niños, y con esa actitud no sólo se estaría castigando al renuente, sino también a su propio hijo, quien debe permanecer ajeno a los problemas legales existentes entre los adultos.

Iparraguirre (2004), considera que el hecho de la atribución de tenencia unipersonal confiere al padre que la detenta cierto poder en lo relacionado con la parentalidad, y que a su vez, el otro progenitor, el que realiza el aporte económico, lo interpreta como una compensación ante la carencia de convivencia con sus hijos, utilizando esta situación para poder ejercer algún tipo de poder. El progenitor a quien se le ha otorgado la tenencia comienza a "apoderarse" de los hijos, y el otro, a apartarse del ejercicio cotidiano de la parentalidad y a "apoderarse" del control del dinero. Sugiere el autor que la solución a este conflicto sería factible si se da una responsabilidad parental en cabeza de ambos progenitores, redistribuyendo funciones acorde a la nueva organización familiar.

4.4 Desobediencia.

El delito de Desobediencia se encuentra tipificado en el Art. 239 CP, y prevé pena de “prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público”. Este tipo penal es aplicable al incumplimiento del régimen de visitas estipulado por el juez de familia, o convenio homologado en sede judicial, y en él pueden incurrir tanto el progenitor conviviente como el no conviviente, o inclusive un tercero que con su accionar impida que se cumpla el régimen de visitas.

Con anterioridad a la sanción de la ley 24270 la única manera de sancionar penalmente el incumplimiento de un régimen de visitas era la aplicación del delito mencionado previamente, y solamente encuadraba el tipo cuando el régimen de visitas había sido fijado u homologado en sede judicial.

De esta manera, a partir de la ley de Impedimento de Contacto de Hijos Menores con padres no convivientes, cuando no se cumple un régimen de visitas estipulado judicialmente, no solo la conducta quedará encuadrada dentro de las previsiones del art. 237, sino que también se estará incurriendo en el delito de Desobediencia, configurándose un concurso aparente de delitos.

No así cuando el acuerdo sea entre partes, y sin intervención del órgano jurisdiccional, en cuyo caso solo nos encontraremos ante la comisión del delito previsto en la Ley 24270.

Mediando acuerdo judicial homologado, el mismo tiene fuerza de ley y es una orden de un funcionario judicial que debe ser cumplida no solo por las partes, sino también por los terceros, por lo cual si ese convenio de régimen de visitas no se cumple, aquel incumplidor será pasible de una imputación penal por el delito de desobediencia (Koffman y Lazetera, 2016)

4.5 La valoración de estas figuras como eximentes de responsabilidad

Como se sostuvo a lo largo del análisis de cada una de las figuras penales que involucran relaciones intrafamiliares, luego de la ruptura del vínculo conyugal, y ante la obstaculización del contacto por el padre conviviente, el operador judicial deberá atenerse a cada caso concreto a la hora de juzgar la conducta del mismo.

Deberá ponderar, con los elementos obrantes analizados para cada situación en particular, si algunos de los tipos penales antes citados, imputados al progenitor no conviviente, son de tal entidad que permitan atenuar la conducta obstaculizadora del padre o madre conviviente.

4.6 El Síndrome de Alienación Parental (SAP).

El "síndrome de alienación parental" o S.A.P es un proceso mediante el cual uno de los progenitores, explícita o implícitamente, mediante la palabra o con acciones descalificantes intenta destruir la imagen que del otro tienen los hijos, para de esa manera alejar o mal predisponer al niño. Generalmente, este síndrome acontece durante el divorcio, o en el periodo inmediato posterior, que es la etapa en la que se intenta alienar a los hijos, y que tomen partido por alguno de los dos lados de la contienda.

La inculcación maliciosa se realiza en determinado período, con un objetivo determinado, ocasional, y el menor es adoctrinado para ello. Sin embargo, no es sinónimo de alienación, los niños pueden ser presionados pero luego ceden, con culpa y conflicto (Pedrosa y Bouza, 2011).

Richard Gardner fue el mentor de esta teoría, proclamando que existían algunos padres que sufrían del "síndrome de alienación parental" y cuyo objetivo era realizar una parentectomía con el otro progenitor, aislarlo de los niños.

Ante estas conductas destructivas es muy difícil mantener la objetividad y analizar la situación tratando de profundizar y descubrir el contexto real en el que se dan. Si no se logra llegar a la verdad, puede suceder que los hijos resulten víctimas inevitables.

La forma más típica de manifestación del SAP es la obstrucción del régimen de visitas del progenitor no conviviente, aduciendo para ello que se lo intenta proteger de un padre agresivo, violento, abusador, abandonico. No se dimensiona el efecto deteriorante que este tipo de acciones generan sobre los niños (Iparraguirre, 2004).

El concepto de Alienación Parental está siendo aceptado como una dinámica explicativa del fenómeno del proceso del rechazo de los niños en los litigios de los divorcios conflictivos (Pedrosa y Bouza, 2011).

4.7 Conclusiones parciales.

En cada caso en el que se presente una denuncia por algún delito de los mencionados en este capítulo, y los que no se han tratado específicamente, como la violencia física, las amenazas, las adicciones en el seno familiar, el órgano judicial actuante deberá ser muy cauteloso, por cuanto no se pueden minimizar las manifestaciones vertidas por las víctimas, como tampoco se pueden desestimar sin someterlas a un exhaustivo análisis.

Es un campo altamente riesgoso, porque también pueden ser denuncias verdaderas, de delitos que se cometieron durante toda la convivencia, pero que se aceptaban como normales, hasta tanto no surgió el conflicto de pareja. No hay distinción de sexo en las estrategias destinadas a desvincular.

Todas las denuncias que se presenten sobre violencia familiar, se considerarán verdaderas, debiendo aportar el denunciante la prueba que acredite sus aseveraciones; lo mismo sucederá con el denunciado, quien deberá acercar al órgano jurisdiccional todo el material probatorio que considere adecuado para que se desestime la misma, sobre todo considerando que, ante la duda, la Justicia siempre se expedirá en favor del supuesto damnificado.

Respecto de la supuesta alienación que podría intentarse por el padre impidiente, no podrá ser imputada cómo tal hasta tanto no se descarte la presencia de maltratos o abusos.

Son temas complejos, muy interrelacionados, que requerirán para su solución una multiplicidad de medidas, las que deberán ser tomadas con el apoyo de los distintos equipos interdisciplinarios de los que pueda valerse la justicia aplicada a cada situación particular.

5. CONCLUSIONES FINALES

La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en nuestro país mediante la Ley 23849, instala la base fundamental sobre la que se debe legislar respecto de los derechos de los menores, y resalta la necesidad de un trato especial.

En nuestro país, este privilegio está amparado en el art 14 bis de la CN. Y la regulación legal del derecho de padre o madre no conviviente, a tener adecuada comunicación y supervisión de la educación del hijo del cual no detenta el cuidado personal, está receptado en el art. 555 del CCCN.

El derecho a la comunicación paterno filial, como puede observarse, está especialmente orientado a la protección del hijo y su relación con el progenitor con quien no convive. Y esta situación de supremacía ya se vislumbraba antes de la incorporación de la Convención, por cuanto en nuestro derecho interno y en doctrina habían entendido que se trataba de un derecho propio y autónomo del hijo, que puede ser ejercido por éste en forma directa o por medio de sus representantes legales o guardadores. Así, en fallo del año 1957, la Cámara Nacional en lo Civil, sala A, en autos Villareal c/Mancorda Balbi²⁸, decidió que "el derecho de visitas puede ser ejercido por el menor en forma directa o por medio de sus representantes legales, o guardadores, a fin de lograr, en cuanto sea posible, el mantenimiento de la integridad de la relación paterno-filial mediante la conservación de la unión más plena que las circunstancias del caso lo permitan".

No obstante, a pesar de los preceptos constitucionales, de las disposiciones del derecho privado interno, y aún con regímenes de comunicación decretados y homologados en sede judicial, las situaciones de impedimento de contacto de esos hijos menores, con los padres con los que no conviven se siguieron y se siguen suscitando. Y es así que se intentó, por medio de la sanción de la Ley 24270 cubrir este problema, recurriendo a una solución punitiva.

La duda que surge desarrollado el presente trabajo, es si este conflicto que sin lugar a dudas es de índole privado, debe ser criminalizado, y abordado por la justicia penal, o atento las específicas características de los sujetos que lo protagonizan, corresponde a un fuero especial.

Los postulados de intervención mínima en el derecho penal, o "principio de última ratio", sostienen que las sanciones penales se deben limitar al círculo de lo indispensable y que la ley penal debe utilizarse solamente cuando no haya más remedio, es decir, tras el fracaso de todos los modos

²⁸ Cámara Nacional en lo Civil, sala A, en autos Villareal c/Mancorda Balbi

posibles de protección. El sistema penal reprime los conflictos, y esa represión, en el seno familiar, puede generar aún más rispideces.

La aplicación de la ley especial debería ser subsidiaria de la homologación y eventual incumplimiento del acuerdo al que las partes hubieran arribado en sede civil. Es este fuero el que cuenta con las herramientas necesarias para agotar cualquier tipo de intervención estatal, y de orientación y acompañamiento a los actores del conflicto.

Tanto los casos de obstrucción del régimen comunicacional por el progenitor conviviente como los de negativa de los hijos a mantener comunicación con el no conviviente, evidencian la existencia de una grave crisis familiar, que demanda intervención interdisciplinaria de auxilio terapéutico, y es en los Juzgados de Familia donde funcionan asesorías integradas por psicólogos y asistentes sociales preparados profesionalmente para intentar restablecer el contacto y diálogo entre los padres; y entre estos y los niños, cuando dicha relación está interrumpida por la voluntad del menor, muy probablemente viciada por historias y conflictos propios de los adultos con los que convive, y quienes indudablemente resultarán mas favorecidos con el apoyo de un profesional del area psico social que con una sanción penal que podría mantenerlos alejados de sus hijos.

Estas situaciones familiares se desarrollan en relaciones afectivas y psicológicas complicadas, que al tiempo de ser evaluadas develan la falta de diálogo y comunicación entre los adultos. Los niños son meros espectadores, involucrados involuntariamente, y ciertamente, los más dañados por la intolerancia de sus progenitores. En el núcleo familiar, entendido éste cómo progenitores e hijos, se pueden suscitar un sinnúmero de situaciones, originadas en el difícil entramado de las relaciones interpersonales de una familia en conflicto, y se debería dar intervención al derecho penal recién cuando haya fracasado el equipo interdisciplinario especializado para conocer y actuar sobre las causas generadoras del conflicto.

Es real que ante la frustración del incumplimiento de disposiciones de los tribunales de familia, el padre o madre damnificado recurre a la justicia penal para, de este modo procurar lograr una efectividad temporal que no pudo lograr la justicia civil. Pero más perjudicial es aún para el contexto familiar, que sin el paso por la misma, se recurra directamente al fuero penal.

En aquellos casos en que se sostuviera dicha necesidad, si es que de algún modo puede justificarse la recurrencia al derecho represivo, y de resultar condenado el padre impidiendo, se debe optar sin lugar a dudas por salidas alternativas a la pena de prisión, para que de esta manera se procure recomponer la relación familiar, aún de padres que no conviven, y de los hijos communes.

En primer lugar, respetando la autonomía de la voluntad de cada individuo, se podría intentar el proceso de mediación, que resulta el método alternativo más aplicable a este conflicto, y el que menos secuelas va dejar en el seno familiar, y en las relaciones futuras. En este caso, la víctima (padre/madre obstruído), pasaría a tener un rol activo, por cuanto al someterse a una resolución alternativa de conflictos, ambas partes reconocen que el conflicto existe, que es de la pareja, y que se deberán hacer concesiones recíprocas con el fin de destrabarlo, y de retomar el diálogo entre ambos, y de esa manera la vinculación paterno-filial interrumpida.

La otra alternativa ante la posibilidad de condena de ejecución condicional, es la opción habilitada para el padre imputado del delito de optar por el beneficio de la suspensión del juicio a prueba, que dentro de las pautas previstas contempla la realización de un tratamiento psicológico psiquiátrico, que sería de gran ayuda para poder aceptar la realidad familiar por la que está transitando.

Obligado (2006), sugiere la aplicación del modelo penal para situaciones claras y determinadas y dejarlo, precisamente, como “ultima ratio”, es decir, acudir a él cuando otros modelos predispuestos por el Estado, hayan fracasado en sus intentos. Por el contrario, al invertir el orden lógico, se podría desvirtuar en su eficacia no sólo al modelo penal, sino a todos aquellos que de un modo u otro se involucran en la reparación de situaciones que los conflictos suscitan.

Si bien es cierto y está comprobado en los Juzgados de Familia y en los Juzgados Penales, que sancionar este tipo de conductas puede no solucionar el conflicto familiar, e incluso puede profundizarlo, no es menos real que existen casos en que el padre o madre obstaculizador reinciden periódicamente en el delito, abusando de la situación de resolución alternativa que le ofrecen en los Juzgados, y a la que el progenitor impedido accede, para evitar males mayores, y confiar que de esa manera podrá finalmente tener el contacto deseado con sus hijos. En estos casos, se debe encontrar un punto final a la situación de ilegalidad, y la eventual aplicación de la sanción, puede desalentar la conducta disvaliosa. Claro está que siempre el análisis se debe hacer sobre el caso concreto.

Como otro punto a considerar, se propone que por intermedio de las Asociaciones especializadas (Apadeshi, por ej.), se deberían efectuar presentaciones ante las Comisiones Camerales que corresponda, o incluso recurrir a los medios masivos de comunicación, para difundir la postergada sanción de la reforma a la Ley 24270, y de esa manera, que quedaran amparados todos los legitimados a mantener comunicación con los niños, niñas o discapacitados, quienes en la actualidad dependen de la buena predisposición del órgano judicial que por analogía falle en su

favor. Mientras la reforma duerme en cajones del Congreso, los niños, niñas y discapacitados pierden años de contacto con sus afectos, probablemente abuelos, con quienes no podrán recuperar el tiempo de infancia robada por desidia.

Finalmente, y para los casos de imposibilidad de contacto de padre o madre o abuelos o aquellas personas que sean acreedoras de un interés afectivo legítimo con los menores, y que por diversas razones no puedan acordar el lugar de encuentro con los niños o niñas, se debería implementar a nivel nacional la creación de los Puntos de Encuentro Familiares, atento que no solo brindan el espacio físico para propiciar el encuentro, sino que el mismo se da en el marco de la contención y el cuidado que la situación merece.

Hace más de una década, Iparraguirre (2004), concluyó que nos debemos adecuar a la existencia de la familia binuclear, con un nuevo ejercicio de la parentalidad después de la ruptura conyugal. Según el autor estos términos se deben incorporar culturalmente y traducirlos al marco normativo. Los cambios de paradigmas en lo que respecta a los roles que desempeñan los padres separados, ambos responsables de la crianza y educación del hijo (coparentalidad), en dos hogares diferentes en que ambos lo son también del hijo (familia binuclear); y el reconocimiento por parte de la jurisprudencia de la existencia de una nueva estructura familiar posterior al divorcio como merecedora de protección, ayudarán a disminuir los casos de obstrucción de la comunicación de un hijo con alguno de sus padres.

La realidad actual demuestra que le asistía razón al autor mencionado, y que las denuncias por impedimento de contacto de hijos menores con padres no convivientes han disminuído considerablemente con el paso del tiempo. Es por esa razón que se deben redoblar los esfuerzos para que cada vez más se traten de resolver estos conflictos mediante el diálogo y el acompañamiento terapéutico a todos los agentes involucrados en el conflicto, con el fin de evitar llegar a la intervención al derecho penal, que como ya se concluyó, no resuelve sus conflictos, sino que los reprime y con ello genera otros nuevos.

Para concluir, y atendiendo los preceptos de la CDN citados al inicio, nos remitimos a un Fallo de la sala 5ta. de la Cámara Nacional Criminal y Correccional que ha resuelto, respecto de la Ley 24270: “Si bien esta norma penal, de orden nacional, objetivamente parece proteger los derechos de mantener el contacto de los padres no convivientes con sus hijos, no se puede dejar de lado que el fin último es el de afianzar una adecuada comunicación filial, ya que lo importante es la consolidación de los sentimientos de los menores con su padre o madre y de esta forma lograr la

cohesión afectiva y eficaz de los vínculos familiares y lograr el desarrollo de una estructura sólida y equilibrada del psiquismo de los menores”²⁹Y este desarrollo armónico, se logrará solo en el contexto de un ambiente de diálogo y pacífico.

²⁹CNCrim.y Corr, Sala 5ta., “Ottaviano, Lorena L.” (13/09/2005)

6. BIBLIOGRAFIA

6.1 DOCTRINA

Alterini, J. H., (2015), *Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético*, 2da. Edición Tomo III, CABA: La Ley.

Arocena, G. A. (2010). *Impedimento de contacto de menores con sus padres no convivientes*, Buenos Aires: Astrea.

Belluscio, C. A. (2002). *Incumplimiento alimentario respecto de los hijos menores*, Buenos Aires: Ediciones La Roca.-

Belluscio, C. A. (2013). *Delitos en Alimentos y regimen de visitas*, Buenos Aires: García Alonso.

Beloff, M. (2004). *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires: Editores del Puerto.

Bossert, G. A. - Zannoni, E. (2008). *Manual de Derecho de Familia*, Buenos Aires: Astrea.

Caparelli J. C. (). *Protección Jurídica de la Familia*, ED, 228-903

Carafa y Garcia Fages. (2006). *El impedimento de contacto de los hijos menores con padres no convivientes: una inadecuada respuesta a una problemática familiar*, elDial.com, Ed. Especial 30/11/06.

Cardozo G. – Michalewicz A. (2017). *El paradigma de la Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes: en la búsqueda de la plena implementación*, Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N. 82

Corbo, C. M. (2004), *Juicio de separación personal y divorcio vincular*, Juris.

Diaz de Guijarro, E. *El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. Planteamiento general*, JA, 1952-

Erbetta, D. (2006), *Política criminal, derecho penal y relaciones de familia. Acerca de la intervención punitiva de las relaciones e intereses familiares*. Derecho de Familia. Rev. Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, nº 33.

Gil Dominguez A. - Fama M. V.- Herrera M. (2007), *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes – Derecho Constitucional de Familia – Comentada, Anotada, Concordada*, Buenos Aires: Ediar.

Grossman, C. P., *Medidas frente al Incumplimiento alimentario*, LL, 1985-D-951II-10.

Haro, R., *Los Derechos Humanos y los Tratados que los contienen en el Derecho Constitucional y la Jurisprudencia argentinos*. Revista Ius et Praxis, Año 9 N° 1.

Herrera, M., (2015), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, t. IV, Libro segundo*, Buenos Aires: Infojus.

Iparraguirre, D. (2004), *El régimen de comunicación de los Hijos con el Padre no Conviviente*, eIDial.com DC443

Jauregui R. G. (2016), *Responsabilidad Parental – Alimentos y Régimen de Comunicación – Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26994*, Santa Fé: Rubinzal Culzoni.

Kemelmajer de Carlucci, A. (1996), *Reflexiones en torno a la eficacia del proceso familiar*, ponencia presentada en el IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, Panamá. Koffman, H. A. – Lazetera, C. L. (2016). *Impedimento de contacto y otros delitos afines*, Buenos Aires: García Alonso.

Makianich de Basset, L. N. (1991). *El Derecho de visitas entre padres e hijos no convivientes*, Buenos Aires: La Ley.

Manonellas, G. N. (2005). *La Responsabilidad Penal del Padre Obstaculizador. Ley 24.270. Síndrome de Alienación Parental (SAP)*, Buenos Aires: Ad-Hoc.

Mizrahi, M. (2014), *Medidas civiles para la efectividad de la comunicación filial*, La Ley, 2014-E.

Mizrah M. (2014), *La asistencia y el acompañamiento terapéutico en el régimen de comunicación filial*", La Ley, 2014-C, 818.

Lascano C. (2016) *Responsabilidad parental y delitos derivados de las relaciones de familia: incidencia del Código Civil y Comercial de la Nación*. Instituto de Ciencias Penales. Cuadernos de Derecho Penal. Córdoba: Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

Morlachetti, A (2013). *Sistemas Nacionales de Protección Integral de Infancia*, Santiago de Chile, CEPAL,

Obligado, D. H. (2006) *Impedimento de contacto de hijos menores con padres no convivientes, La expansión del derecho penal*, eIDial DCA5B

Pedrosa, D. S, – Bouza, J. M. (2011), *Síndrome de Alienación Parental – Proceso de obstrucción del vínculo entre los hijos y uno de sus progenitores*, Buenos Aires: García Alonso.

Porto, Luis J.() *Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar*, LL, 155-1237

Sirkin, H., (2006), *Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes. Situaciones civiles de jurisdicción penal* DJ1996-1, 1106, AR/DOC/4334/2006

Suarez - Lascano (h.) (1994). *El impedimento de contacto de los hijos menores con padres no convivientes. Ley 24.270*. Córdoba; Advocatus.

Tizón A., () *Impedimento de contacto de hijos menores con padres no convivientes*, elDial DCA5F
Ventura, A. R. y Stilerman, M. N. (1992). *Alimentos*, Buenos Aires: Librería El Foro.

Villar, A. (2003), *Impedimento de contacto de hijos menores y la comunicación paterno- filial*, Buenos Aires: Némesis.

6.2 LEGISLACION

Constitución Nacional – Arts. 14bis, 75 inc. 22.

Convención de los Derechos del Niño – Arts. 8.1, 9, 9.3, 10.2

Código Penal de la Nación – Arts. 146, 239.

Código Civil y Comercial de la Nación, Arts. 264 inc. 2do., 307, 376 bis.

Ley 24270 – Impedimento de contacto de hijos menores con el padre no conviviente

Ley 26061 – Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes

6.3 JURISPRUDENCIA

CNApel. de Río Grande, Sala Penal, “G.L.E. s/ Impedim. de Contacto”, 104, LL Patagonia (2008)

CNCiv., Sala J, “P., H.O. c/ T., S.A. s/ ART. 250 CPC”, elDial – AEED1 (1995).

CNCiv., Sala K, “M. de CH., S.E. c/S. de S., R.N.”, elDial - AEED5 (1995)

CNCrim. y Corr., Sala I, “G., M. A. s/ audiencia de contacto”, DFyP 90 (2017)

CNCrim. y Corr., Sala V, DJ, 2006-1-547, y Rep. LL, 2006-1767, sum. 34

CNCrim. y Corr., Sala V, DJ, 2004-2-131, y Rep. LL, 2004-1662, sum.20.

CNCrim. y Corr., Sala V, EMILIO, Jorge Daniel. 06/11/03 c.22.680

CNCrim. y Corr, Sala V, “Ottaviano, Lorena L.” (13/09/2005)

Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires. Sala III. “P., M. J. / Impedim. De Contacto - Recurso de Casación” Sentencia Nro 19383. Cita Online: AR/DOC/89/2011 – Publicado en DFyP (enero-febrero), 24/01/2011, 119.