

TÍTULO:	MEDIDAS CAUTELARES QUE ATAÑEN A LOS NIÑOS EN MATERIA DE VIOLENCIA FAMILIAR Y SU COTEJO CON EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL
AUTOR/ES:	Bentivegna, Silvina
PUBLICACIÓN:	Erreijs on line
TOMO/BOLETÍN:	-
PÁGINA:	-
MES:	Mayo
AÑO:	2015

---

**SILVINA A. BENTIVEGNA**<sup>(u)</sup>

## **MEDIDAS CAUTELARES QUE ATAÑEN A LOS NIÑOS EN MATERIA DE VIOLENCIA FAMILIAR Y SU COTEJO CON EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL**

*"Jenny decía que su amiga tenía la culpa de que él la hubiera golpeado... Robert lamentaba profundamente haber agredido a Carol; él mismo llamó a la policía la noche en que lo hizo... Meyer fue capaz de dominarse instantáneamente, se contuvo cuando su hijo entró en la habitación y grito: '¡No le pegues a mamá!'"<sup>(u)</sup>*

### **I - INTRODUCCIÓN**

---

Las leyes de protección contra la violencia familiar, en un primer período, eran exiguas; ellas, conforme la legislación vigente en la materia, se han ido incrementando progresivamente, adaptándose a las diversas circunstancias imperantes en la problemática con el fin de abarcar diversos escenarios.

Las medidas propuestas por las normativas distan de ser taxativas; ergo, son meramente enunciativas. Ellas estipulan expresamente este carácter meramente enunciativo. En tal sentido, conforme a las leyes de protección contra la violencia familiar, el magistrado está autorizado a adoptar todas aquellas medidas de protección que considere pertinentes a fin de amparar a la víctima, aun cuando no se encuentren expresamente estipuladas en la ley, ya que el fin tuitivo es proteger a la víctima.

De manera que, siguiendo el lineamiento de la ley bonaerense [art. 7, inc. n)], el juez podrá dictar "...Toda otra medida urgente que estime oportuna para asegurar la custodia y protección de la víctima...", y con el mismo criterio, la ley [26485](#)<sup>(2)</sup> dispone, en su artículo 25, inciso a.7), que podrá "...Ordenar toda otra medida necesaria para garantizar la seguridad de la mujer que padece violencia, hacer cesar la situación de violencia y evitar la repetición de todo acto de perturbación o intimidación, agresión y maltrato del agresor hacia la mujer". Destaco, a su vez, que la modificación a la ley bonaerense por la ley [14509](#)<sup>(3)</sup> mantuvo incólume el artículo ya mencionado; de tal modo, en el ámbito bonaerense el juez disponía de un mayor criterio a fin de dictar una medida de protección, ya que la norma expresamente lo disponía; si bien se considera que el juez tiene amplias facultades para adoptar toda medida, la ley [24417](#)<sup>(4)</sup> solo las enunciaba en este sentido: I) la exclusión del hogar del presunto agresor de la vivienda donde habite el grupo familiar o el reintegro del que ha debido salir del mismo por razones de seguridad personal; II) la prohibición para el agresor de acceder y/o acercarse al domicilio o lugares de trabajo, estudio y/o esparcimiento de la presunta víctima, fijándose un perímetro de exclusión para circular o permanecer; III) la restitución de los efectos personales a la víctima; IV) proveer asistencia médica, psicológica y jurídica a través de organismos públicos y/o privados, y V) en el caso de que la víctima fuese menor de edad, otorgar la guarda provisoria, fijando, también de manera provisional, una cuota alimentaria en su favor. Nos detenemos en este último inciso, el cual será marco de análisis en el particular, cotejándolo en relación con el nuevo Código Civil y Comercial, el cual en materia de responsabilidad parental conllevará significativas modificaciones.

### **II - ALIMENTOS PROVISORIOS EN LA VIOLENCIA FAMILIAR. RESPONSABILIDAD PARENTAL**

---

El fin tuitivo de esta medida es evitar que el denunciado se desentienda del deber asistencial alimentario que tiene para con sus hijos conforme lo disponía el viejo artículo 264 y siguientes del Código Civil de Vélez Sarsfield. Con la nueva ley civil, dicha responsabilidad parental surge del artículo 638 y siguientes como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para

su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado. Particularmente, el deber alimentario se introduce en el artículo 646 cuando enumera los deberes de los progenitores; entre ellos, en su inciso a), dispone "...cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo...". A su vez, siguiendo la línea del nuevo Código Civil, incorpora una regla general para ambos progenitores en su artículo 658, estableciendo que ambos tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos. La obligación de prestar alimentos a los hijos se extiende hasta los 21 años, excepto que el obligado acredite que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo. Ahora bien, cuando la norma se refiere al cuidado personal, hace alusión a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo, lo que antiguamente se denominaba "tenencia". Cuando los progenitores no convivan, dicho cuidado personal del hijo podrá ser asumido por un progenitor o por ambos.

El deber asistencial alimentario encuentra su amparo legal, a su vez, en el *interés superior del niño* contemplado, en un primer momento, por la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3, en el sentido de que en todas las medidas concernientes a los niños que se tomen, una consideración primordial a que se atenderá será el *interés superior del niño*. A su vez, se deberá asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres. De manera concomitante, la ley 26061 de protección integral de niñas, niños y adolescentes, en su artículo 7, refiriéndose a la responsabilidad familiar, estipula que el padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos, sin dejar de mencionar el *interés superior del niño* contemplado por dicha normativa en su artículo 3, entendiendo por tal la máxima satisfacción, integral y simultánea, de los derechos y garantías reconocidos en ella.

La fijación de una cuota alimentaria provisoria es complementaria de la medida protectora. Por ello, si se formula una denuncia por violencia familiar y se solicita exclusivamente la fijación de una cuota alimentaria, esto trae aparejado como consecuencia el rechazo de la denuncia, y como tal se deberá peticionar por la vía y forma correspondiente, trabándose la acción de alimentos en el ámbito bonaerense o, previamente, en el ámbito capitalino, solicitando la mediación previa. El espíritu de una denuncia por violencia familiar es que cese el riesgo imperante en el núcleo familiar y no fijar una cuota por alimentos.

En el marco de las actuaciones por violencia familiar, el magistrado podrá decretar provisoriamente una cuota alimentaria; así lo consagra la ley 24417 en su artículo 4, inciso d). En el orden bonaerense, la ley 12569 ampara dicha medida en su artículo 7, inciso g), en el sentido de que el magistrado interviniente deberá resolver de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta el tipo de violencia y, con el fin de evitar su repetición, ordenará la fijación de una cuota alimentaria provisoria si correspondiese. La ley 26485, con criterio análogo, dispone dicha medida alimentaria en su artículo 26, inciso b.5), en el sentido de que los magistrados, sin perjuicio de las medidas establecidas en el inciso a) del presente artículo, en los casos de la modalidad de violencia doméstica contra las mujeres, podrán ordenar, si se trata de una pareja con hijos, la fijación de una cuota alimentaria provisoria, de corresponder, de acuerdo con los antecedentes obrantes en la causa y según las normas que rigen en la materia. En efecto, si bien las leyes de protección contra la violencia familiar contemplan la posibilidad de que la Justicia fije una cuota alimentaria, dichos alimentos tienen como fin tuitivo afrontar los gastos imprescindibles durante el lapso en que se sustancien las medidas de protección que se hubieren dispuesto en las actuaciones.

Alguna doctrina<sup>(5)</sup> ha dicho que, en el marco de la violencia familiar, la acreditación de la verosimilitud del derecho, para que se otorguen los alimentos provisionarios, será menor que en otros supuestos (vgr. juicio de alimentos o de divorcio), pues, en este caso, se requiere mayor celeridad para otorgarlos.

La jurisprudencia<sup>(6)</sup> se ha pronunciado al respecto, estimando que el plazo de la duración de estos alimentos se extenderá mientras dure la exclusión o la prohibición de reintegro a la vivienda que el agresor habitaba con el grupo familiar, dado que, al restaurarse la convivencia familiar, este los volverá a prestar en especie.

Por su parte, dada la urgencia de esta medida y lo transitorio de la misma, las pruebas concretas de las necesidades insatisfechas y de las posibilidades económicas del agresor de dar cobertura a ellas configuran materia propia del juicio de alimentos que eventualmente la víctima pudiere promover.<sup>(7)</sup>

Los alimentos aseguran la existencia física, el crecimiento y la educación de los niños, de manera tal que los arreglos económicos, luego de la separación de hecho o divorcio vincular de los padres, son cruciales para que los hijos se vean afectados lo menos posible y sus necesidades básicas cubiertas. Por lo general, una separación o un divorcio traen aparejada una disminución del nivel de vida del núcleo familiar. Algunos gastos se duplican, y de otros debe prescindirse.

La separación produce un impacto económico en la familia, que afecta a ambas partes, pero, sin lugar a dudas, en mayor medida a la mujer. Es sabido, a partir de diversos estudios, que el nivel de vida del hogar encabezado por la madre que cuida a sus hijos produce un empeoramiento.

Dicho empeoramiento, que afecta la calidad de vida de los hijos, se origina en diversos factores: 1) los padres no pasan alimentos a sus hijos, ya sea en forma total o parcial, y este incumplimiento se agudiza con el correr del tiempo. Por otra parte, aun contribuyendo el padre al sustento del hijo, de ordinario estos alimentos son insuficientes para cubrir el costo de la manutención; 2) la mujer, después del divorcio o la separación, generalmente, no reclama ni percibe alimentos para sí. Esto conduce a una situación de desigualdad en los casos en que la madre tiene dificultades para acceder al mercado de trabajo por su falta de preparación, originada en la función doméstica y cuidado de los hijos que cumplió durante la vida en común. Esta desigualdad se profundiza cuando el trabajo de la mujer se entorpece por tener niños pequeños a quienes cuidar.<sup>(8)</sup>

Estadísticamente, la mujer dedica su esfuerzo personal al cuidado de los hijos y además trabaja a fin de mantenerlos, pese a que, como ya mencioné, dicha responsabilidad y cuidado familiar atañe por igual a ambos progenitores. Lo que genera como consecuencia que sea la madre quien alimente, eduque y, en suma, críe a los hijos en las condiciones en que pueda, siendo el progenitor quien se desentienda de su deber como tal.

Por su parte, el incumplimiento alimentario con relación a los hijos menores de edad daña el desarrollo psicofísico de los mismos, vulnerando sus derechos y garantías.

La falta de responsabilidad del progenitor perturba severamente la formación del niño, además de perjudicar su proyecto de vida. Constituye un aditamento de menoscabo moral, espiritual y mental hacia su persona, aun si el otro progenitor puede mantenerlo. En otros términos, la evasión alimentaria no solo priva al niño de los recursos materiales, sino que lo afecta psíquicamente, ya que siente que el progenitor se ha desinteresado de su persona.

En los casos de violencia es sabido que el progenitor denunciado va a estar privado en el ejercicio de la responsabilidad parental, pues así lo establecía el Código de Vélez y lo establece la nueva ley civil en su artículo 700, inciso c), al poner en peligro la salud física o psíquica del hijo, pero debemos tener en cuenta que dicha privación no acarrea que el progenitor se desentienda de su obligación alimentaria en base del ejercicio de la responsabilidad parental, la cual subsiste.

Respecto al incumplimiento de los alimentos provisorios en el marco de los procesos por violencia familiar, si bien las leyes no prevén específicamente esta situación, alguna doctrina ha considerado procedente la aplicación de astreintes a fin de constreñir al pago<sup>49</sup>. Algunos magistrados, en el ámbito capitalino, suelen fijar multas en sus resoluciones a fin de dar cumplimiento efectivo a la normativa vigente en la materia, en pos de los derechos de la infancia.

### **III- TENENCIA PROVISORIA EN LA VIOLENCIA FAMILIAR. RESPONSABILIDAD PARENTAL. CUIDADO PERSONAL**

---

Cuando la familia produce su quiebre, en el caso que nos ocupa, como consecuencia de una crisis producto de la violencia intrafamiliar, indudablemente se debe reestructurar y ordenar nuevos cambios.

Las leyes de protección contra la violencia familiar disponen que el magistrado podrá decretar provisoriamente la tenencia a una de las partes; así lo consagra la ley [24417](#) en su artículo 4, inciso d). En el orden bonaerense, la ley [12569](#) ampara dicha medida en su artículo 7, inciso h), en el sentido de que el magistrado interviniente deberá resolver de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta el tipo de violencia y con el fin de evitar su repetición, y ordenará, en caso de que la víctima fuere menor de edad o incapaz, su guarda provisoria a quien considere idóneo para tal función, si dicha medida fuere necesaria para su seguridad psicofísica y hasta tanto se efectúe un diagnóstico de la situación. Agrega dicha norma que la guarda se otorgará a integrantes del grupo familiar o de la comunidad de residencia de la víctima, atendiendo a su opinión y al derecho del niño a ser oído.

En efecto, la ley [26485](#), en sentido análogo, dispone dicha medida en su artículo 26, inciso b.6), en el sentido de que los magistrados, sin perjuicio de las medidas establecidas en el inciso a) del mencionado artículo, en los casos de la modalidad de violencia doméstica contra las mujeres, podrán ordenar, en caso de que la víctima fuere menor de edad, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta la opinión y el derecho a ser oído del niño o del adolescente, otorgar su guarda a un miembro de su grupo familiar, por consanguinidad o afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad.

Sabemos que el criterio tradicional del Código Civil de Vélez establecía que los hijos menores de 5 años quedaban a cargo de la madre y los mayores de esa edad a cargo del que fuera más eficaz para ejercer ese derecho. Ahora bien, los mayores de esa edad, a falta de acuerdo de los progenitores, quedaban a cargo de aquel a quien el magistrado consideraba más idóneo. En este sentido, la nueva ley civil establece, en su artículo [641](#), que el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde, en caso de convivencia con ambos progenitores, a estos. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con excepción de los supuestos contemplados en dicho Código (aquellos actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores del art. [645](#)) o si mediara expresa oposición. En caso de cese de la convivencia, divorcio o nulidad de matrimonio, también corresponde a ambos progenitores, y se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, salvo excepciones.

Por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a solo uno de ellos, o establecerse distintas modalidades. Ahora bien, la nueva ley civil dispone que el magistrado podrá atribuir el ejercicio de la responsabilidad parental total o parcialmente a uno de los progenitores, o distribuir entre ellos sus funciones, por un plazo que no puede exceder de 2 años. El juez también puede ordenar medidas de intervención interdisciplinaria y someter las discrepancias a mediación. Teniendo en cuenta el ejercicio de la responsabilidad parental, los progenitores deben asumir los deberes y derechos sobre el cuidado de sus hijos; al respecto, el artículo 648 del nuevo Código Civil contempla el *cuidado personal* a los *deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo*. En este sentido, el *deber* de cuidado podrá ser, cuando los progenitores no conviven, asumido por un progenitor o por ambos. En caso de que el cuidado personal fuere compartido, podrá ser alternado o indistinto. En el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y las posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado. Teniendo en cuenta estas modalidades del cuidado personal, el magistrado deberá, si bien a pedido de uno o

ambos progenitores, o de oficio, otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo a ambos progenitores con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo, como sucede en las situaciones de maltrato intrafamiliar amparadas por las leyes de protección contra la violencia familiar.

Debemos tener en cuenta que, si bien la nueva ley civil contempla el ejercicio compartido del cuidado personal -antiguo ejercicio de la tenencia-, dicho cuidado se verá restringido en aquellos supuestos de castigos corporales en cualquiera de sus formas, malos tratos y, en suma, cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los hijos.

En efecto, soy del criterio de que la tenencia física conjunta y la residencia de los niños debe ser distribuida de manera igualitaria entre ambos progenitores, pero cada caso debe ser analizado y resuelto de acuerdo con sus propias posibilidades, teniendo en cuenta siempre el interés del niño. En suma, si bien la nueva ley civil ampara el ejercicio compartido, el mismo funciona cuando los padres viven en el mismo barrio o vecindario, o al menos en la misma ciudad.

Alguna prestigiosa doctrina<sup>(10)</sup> se ha pronunciado acerca de las ventajas y desventajas del cuidado compartido -tenencia-; en tal sentido, dentro de las ventajas de la "tenencia compartida" se encuentran: 1) permite al niño mantener un estrecho vínculo con ambos padres (art. 9, Convención de los Derechos del Niño); 2) la participación activa de los progenitores en la vida del infante los estimula a proveer a sus necesidades; 3) al colaborar el padre en las actividades emergentes de la custodia, se facilita la inserción laboral de la madre fuera del hogar y, por ende, aumentan las posibilidades de que ambos colaboren en la manutención de su hijo, y 4) ninguno de los padres se siente excluido en el proceso de crianza del niño. Se elimina la lucha por el poder que significa tener "la guarda" del hijo. Además, al responsabilizarse ambos por el menor se evitan las críticas a los actos realizados por el otro progenitor. Dentro de las desventajas de la "tenencia compartida", encontramos: 1) afecta la estabilidad del menor. Esta crítica fue rebatida argumentando que la circunstancia de que el menor tenga dos hogares no trae necesariamente aparejada falta de estabilidad, pues, de todas maneras, aunque la tenencia sea monoparental, el niño igualmente considerará como su casa la del padre no guardador, dado que es factible que también allí tenga sus juguetes, ropas, etc. Lo verdaderamente importante es que el niño conserva su estabilidad emocional al poder mantener el vínculo con sus dos padres; 2) resulta perjudicial para la educación del hijo. Se ha dicho que el tránsito del menor de una casa a otra trae como consecuencia la utilización en la educación del niño de distintos criterios, lo cual es una fuente de confusión para él. Fundamento al que se ha contestado que esto puede acontecer aun conviviendo los padres. "La educación es una tarea que debe contar con padres dispuestos para llevarla a cabo y esto tiene vigencia durante la vida matrimonial o después de la separación".<sup>(11)</sup>

En el derecho comparado, países como Estados Unidos admiten la llamada *joint physical custody* (tenencia física compartida), generalmente en caso de acuerdo entre los padres<sup>(12)</sup>. En este país, se denomina custodia física a la tenencia o cuidado personal, y custodia legal al ejercicio de la responsabilidad parental. En tal sentido, la jurisprudencia norteamericana ha dicho "La tenencia compartida se prohíbe cuando el tribunal encuentra que han ocurrido hechos de violencia doméstica, abuso marital o maltrato del niño".<sup>(13)</sup>

La jurisprudencia nacional<sup>(14)</sup> se ha pronunciado al respecto, considerando que mantener el ejercicio compartido de la patria potestad significa sostener, en la conciencia de los progenitores extramatrimoniales, la responsabilidad que sobre ambos pesa respecto del cuidado y la educación de los hijos, no obstante la falta de convivencia, y además preserva el fin querido por la ley de que no sea uno sino ambos padres quienes tomen las decisiones -expresa o tácitamente- atinentes a la vida y el patrimonio de los hijos.

En efecto, teniendo en cuenta el criterio sentado, considero que el cuidado personal -tenencia- no debe ser prioridad de uno de los padres, sino un derecho de ambos, pero fundamentalmente un derecho del hijo, el cual debe ser ejercido por ambos. Como la nueva ley civil legisla sobre el ejercicio compartido de la responsabilidad parental, así lo hace también respecto al cuidado personal, por lo que la bifurcación en otorgar a uno la tenencia y al otro progenitor un régimen de comunicación es un contrasentido para el hijo, quien a partir de una separación debe transitar un nuevo cambio, un nuevo estado familiar, generando en él, particularmente después de una crisis, signos de daños y sufrimientos.

Estimo que la tenencia o cuidado personal no debe concebirse como un premio al mejor de los padres, sino que se debe tener en cuenta que los hijos necesitan el contacto con ambos padres, siempre que este-y lo recalco- no sea perjudicial para su sano crecimiento, maduración y desarrollo como niño. El interés superior del niño debe apuntar hacia la conservación y atracción de ambos padres, a fin de que ambos se asuman como tales, y que la estabilidad del hijo no sea estar siempre con uno de los padres y bajo la misma pauta, contando con la presencia y cuidado de ambos padres.

Sostuvo una reconocida médica psiquiatra<sup>(15)</sup> que el vínculo de la criatura con los padres contribuye a la constitución del aparato psíquico entre el niño y el adulto (madre-padre) que provee al hijo de modelos de resolución de sus necesidades físicas y psíquicas. La distorsión de esta función de humanización es la que genera la psicopatía individual e interpersonal y, en tanto es capaz de promover patologías de esta naturaleza, tendrá incidencia en la producción de la patología social.

Es necesario un modelo parental de ambos para que el niño se identifique con ambas figuras. En los casos de violencia es sabido que el progenitor denunciado va a estar privado en el ejercicio de la responsabilidad parental; así lo establecía el Código de Vélez y lo establece la nueva ley civil en su artículo 700, inciso c), *al poner en peligro la salud física o psíquica del hijo*, pero debemos tener en cuenta que dicha suspensión no acarrea que el progenitor se desentienda de su obligación alimentaria sobre la base del ejercicio de la responsabilidad parental, la cual subsiste.

Durante el período de vigencia de la medida cautelar dispuesta por el magistrado, el cuidado personal - tenencia- va a ser ejercido unilateralmente por uno de los progenitores (teniendo en cuenta las aristas del proceso), resguardando de esta manera, y conforme el criterio ya sostenido por esta parte, el interés superior del hijo<sup>(16)</sup>, encontrando posteriormente posibles soluciones a la problemática que esta situación pueda presentar.

#### **IV - RÉGIMEN DE VISITAS PROVISORIO EN LA VIOLENCIA FAMILIAR. RESPONSABILIDAD PARENTAL. DERECHO DE COMUNICACIÓN. VINCULACIÓN PATERNO-FILIAL. DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. CAPACIDAD PROGRESIVA**

Los casos de violencia intrafamiliar llevan a la necesidad, cuando hay hijos menores de edad involucrados en la escena familiar, de desvincularlos del victimario temporariamente, atento el riesgo existente en la integridad psicofísica de los niños como personas.

Las leyes de protección contra la violencia familiar amparan la posibilidad de que el juez suspenda y disponga un régimen de visitas<sup>(17)</sup> -así lo dispone la L. 24417 en su art. 4, inc. d)-, en cuyo caso el magistrado podrá decretar provisoriamente el derecho de comunicación con los hijos; contrariamente, la ley bonaerense, en su artículo 7, inciso i), dispone que el magistrado interviniente deberá resolver, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta el tipo de violencia y con el fin de evitar su repetición, la suspensión provisoria del régimen de visitas; como puntualiza la normativa, el régimen de visitas se verá suspendido en vistas a restablecerse. En análogo sentido, la ley 26485, en su artículo 26, incisos b.7), dispone que, sin perjuicio de las medidas establecidas en el inciso a) del citado artículo, en los casos de la modalidad de violencia doméstica contra las mujeres, el magistrado podrá ordenar la suspensión provisoria del régimen de visitas. Es claro que la desvinculación del niño respecto de su victimario es necesaria, ya que previene la recurrencia y el agravamiento del riesgo con el hijo. En la generalidad, la desvinculación es llevada a cabo de manera abrupta y, para cuando se decide que debe restablecerse, la práctica revela un daño agregado al ya sufrido por el maltrato, que está ligado al daño en el apego.<sup>(18)</sup>

En efecto, cuando la medida cautelar de prohibición de acercamiento y/o contacto es dejada sin efecto, de modo tal que ya no hay un sustento jurídico para mantenerla, se genera una paradoja, pues al no existir impedimento de contacto el magistrado restablece el derecho de comunicación del progenitor sobre el que recaía la medida cautelar -exclusión, prohibición de acercamiento- con el hijo. La separación generó un daño en el vínculo y se requiere un trabajo previo para guiar la relación, porque con el transcurso del tiempo ni el adulto ni el niño están preparados para el reinicio de la interacción. El conflicto de lealtad en el niño, después de tanto tiempo de ausencia, es de proporciones gigantescas.<sup>(19)</sup>

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 9, inciso 1), dispone que *"los Estados parte velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño..."*, y en su inciso 3): *"Los Estados parte 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..."*.

El nuevo Código Civil recepta dentro de los deberes y derechos sobre el cuidado de los hijos, en su artículo 652, el derecho y deber de comunicación en este sentido: *"En el supuesto de cuidado atribuido a uno de los progenitores, el otro tiene el derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo"*. Este derecho y deber de comunicación se encontraba legislado en el viejo artículo 264, inciso 2), del Código de Vélez, en el sentido de que el ejercicio de la responsabilidad parental correspondía en casos de separación de los padres al progenitor que ejerciera legalmente la tenencia -cuidado personal-, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada supervisión con aquel.

Es sabido que el derecho de comunicación es un deber de los padres y un derecho del hijo. En tal sentido, se ha sostenido<sup>(20)</sup> que el derecho del padre de visitar a sus hijos cuando ellos viven con la madre, que tiene su guarda, es asimismo su deber jurídico: la frecuentación del padre tiene por objeto precisamente asegurar que los menores mantendrán su contacto paterno, indispensable para su formación, corrección, vigilancia y educación.

Este derecho de comunicación *"solo puede ser suspendido cuando medien causas de extrema gravedad que pongan en peligro la seguridad del menor o su salud física o moral"*.<sup>(21)</sup>

De modo tal que este derecho ínsito en la relación paterno-filial será restringido o, en su caso, suprimido cuando de su ejercicio se derive un perjuicio manifiesto para el hijo, como en aquellas causas derivadas del maltrato y abuso intrafamiliar; de esta manera se resguarda la salud mental del niño involucrado en la conflictiva en pos de su interés superior.

La vinculación paterno-filial encuentra relación con el derecho a preservar las relaciones familiares, uno de los elementos constitutivos de la identidad<sup>(22)</sup>, el cual se encuentra legislado en el artículo 11 de la ley 26061 en el sentido de que los niños tienen derecho a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, salvo -establece la norma- en los casos de excepción previstos en la ley civil.



En efecto, el vínculo paterno-filial representa, a su vez, un derecho constitucional del niño; la Convención sobre los Derechos del Niño lo consagra en su artículo 8, inciso 1), en el sentido de que *“Los Estados parte 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...”*. La identidad de una persona está constituida por varios elementos, entre ellos la preservación de las relaciones familiares. Pero dicha relación puede verse deteriorada por determinadas circunstancias que lleven a la ruptura del vínculo afectivo para con el hijo.

Si bien, como ya mencioné, el derecho de comunicación en el marco de los procesos por violencia familiar es fijado por el magistrado de manera abrupta, soy del criterio de que el niño debe ser oído, atendiendo a su interés superior conforme lo consagra el artículo 12 de la mencionada Convención en este sentido: *“1) Los Estados parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2) Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional”;* a su vez, la ley 26061, en sentido análogo, lo consagra en su artículo 3 junto al interés superior del niño, en este sentido: *“A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley ... Debiéndose respetar: b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta...”*.

De tal manera, el niño, como sujeto pleno de derechos, debe expresar su opinión, pero dicha opinión deberá ser tenida en cuenta por el magistrado a fin de resolver la cuestión de fondo, caso contrario, como ha sostenido la doctrina<sup>(23)</sup>, tal derecho a ser oído se transformaría en un acto procesal intrascendente, que se agotaría con recoger la voluntad del niño en el expediente judicial. El verdadero sentido y alcance del derecho a ser oído está representado por la participación activa del niño en las cuestiones que a él conciernen.

En efecto, sumado a ello, se consagra la capacidad progresiva del niño, ya que se le brindaría la oportunidad de que intervenga en las cuestiones que al mismo le conciernen, reconociendo por lo tanto activa participación en la toma de decisiones.

Empero, teniendo en cuenta la normativa vigente en la materia, soy del criterio de que el magistrado debe respetar la voluntad del niño, a fin de determinar conforme su opinión la petición del progenitor, garantizando y teniendo como eje central, de esta manera, su derecho a ser oído y su voluntad, sorteando con este proceder magras y nocivas decisiones, las cuales son impuestas en contra de su voluntad, generando por lo tanto un daño en su estructura psicofísica al imponer un vínculo afectivo, el cual se encuentra ausente.

## **V - CONCLUSIÓN**

---

Las leyes en materia de violencia familiar, como hemos visto, no establecen la existencia de un proceso en sí mismo, ya que estamos en presencia *prima facie* de un trámite especial, una denuncia en tal sentido, donde la víctima podrá solicitar, cuando las circunstancias así lo ameriten, el auxilio inmediato en la jurisdicción competente. En todas las medidas que atañen a niñas, niños y adolescentes inmersos en una crisis violenta, el juez podrá adoptar algunas de las medidas cautelares ya esbozadas, siempre teniendo por objeto la protección integral de sus derechos, garantizando al propio tiempo el ejercicio, disfrute pleno, efectivo y permanente de los mismos. Tales derechos se sustentan en el principio del interés superior del niño, entendido como la máxima satisfacción, integral y simultánea, de los derechos y garantías reconocidos en la ley.

Empero, las medidas que se adopten en relación con ellos son limitadas en el tiempo, debiendo ser revisadas periódicamente de acuerdo a su naturaleza.

En efecto, soy del criterio de que el niño, conforme el principio de la capacidad progresiva tenido en cuenta recientemente en el nuevo Código Civil, debe tener una participación activa en el procedimiento y, de acuerdo a su edad y grado de madurez, se le debe informar sobre la naturaleza de la medida que se va a adoptar, debiendo considerar su opinión al momento de tomar la decisión por parte del magistrado y más precisamente cuando ella atañe en lo que es al régimen de comunicación en relación con el progenitor denunciado. En tal sentido, el niño como sujeto pleno de derechos, deberá expresar su opinión, pero dicha opinión deberá ser tenida en cuenta por el magistrado a fin de resolver la cuestión de fondo, pues en caso contrario tal derecho devendría un acto trivial; por tal, el niño debe tener una participación activa en las cuestiones que a él conciernen en pos de su interés superior, principio fundamental receptado en el nuevo Código Civil y Comercial en materia de niñas, niños y adolescentes entre los principios por los cuales se rige la responsabilidad parental.

Figuras, aspectos y principios viene a traer el nuevo Código Civil y Comercial, algunos de ellos hasta hoy un tanto desconocidos para la sociedad argentina, conllevando por consiguiente significativas modificaciones en la vida de las familias.

---

### **Notas:**

(\*) Abogada, UBA. Especialista en derecho de familia, UBA. Magíster en derecho de familia, infancia y adolescencia, UBA. Docente, UBA. Coautora de *“Violencia familiar. Aspectos prácticos”*, Hammurabi. Disertante en congresos y seminarios. Ha publicado numerosos escritos especializados en la materia. Letrada adjunta de Casa Refugio para

Mujeres en Situación de Violencia "Mariquita Sánchez" del GCABA. Letrada patrocinante de la Fundación Salud Activa. Abogada fundadora de Bentivegna Estudio

- (1) Extraído de Dutton, Donald G.: "El golpeador" - Ed. Paidós
- (2) L. 26485, "ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales", sancionada el 11/3/2009. DR 1011/2010, BO: 20/7/2010
- (3) L. 14509, sancionada el 29/11/2012, BO: 3/6/2013
- (4) L. 24417, "ley de protección contra la violencia familiar", sancionada el 7/12/1994, BO: 3/1/1995. DR 235/1996, BO: 8/3/1996
- (5) Medina, Graciela: "Visión jurisprudencial de la violencia familiar" -Ed. Rubinzal - Culzoni Editores - 2002 - pág. 225
- (6) CNCiv. - Sala A - 13/4/1999, ED, 184-213
- (7) CNCiv. - Sala A - 13/4/1999, ED, 184-213
- (8) Grosman, Cecilia:"Los derechos del niño en la familia. La ley, creencias y realidades para una obra colectiva: Vivir en familia", enWainerman, Catalina (Coord.) - UNICEF - Ed. Losada - 1994 - pág. 97
- (9) Belluscio, Claudio: "Juicio por alimentos y sus incidentes procesales" -Ed. García Alonso - 2014 - pág. 96
- (10) Grosman, Cecilia: "La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia" - LL 1984-B-806 - pág. 806
- (11) En este sentido se expidió la CNCiv., Sala D, el 31/8/1982, LL 1983-C-254, íd., Sala E, 6/4/1988, S. 38.093, LL 1989-B-605
- (12) Grosman, Cecilia: "El derecho infraconstitucional y los derechos del niño, en la obra colectiva: La persona y el derecho en el fin del siglo" - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad del Litoral - 1997 - págs. 252/3
- (13) Ariz. Rev. Stat. 25-332
- (14) CNCiv. - Sala F - 23/10/1987, LL 1989-A-94
- (15) Pérez, Aurora: "El niño, la familia y el pediatra" - Revista del Hospital de Niños -Nº 76 - octubre/1977 - vol. XIX - pág. 242
- (16) Destaco, en este punto, el art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que preceptúa el derecho del menor "a tener relaciones personales y contacto con ambos padres de modo regular, salvo, si ello es contrario al interés superior del niño", como se presenta en las situaciones abusivas y de maltrato familiar
- (17) El término "visitas" lo considero inadecuado a fin de la vinculación paterno-filial, ya que el padre y el hijo no se visitan, sino que entre ellos existe un vínculo como tal comunicándose a tal efecto, de donde emergen derechos y deberes. De tal manera el término es inapropiado, desvirtuando la naturaleza de la misma. La nueva ley civil modifica acertadamente el término por "comunicación"
- (18) Sanz, Diana: "Obstáculos empíricos, conceptuales..." en Lamberti, Silvio: "Maltrato infantil y riesgo del compromiso profesional" - Ed. Universidad - 2002 - pág. 147
- (19) Lamberti, Silvio, "Maltrato infantil y riesgo del compromiso profesional", Universidad, 2002, pág.147.
- (20) CNCiv. - Sala A - 26/6/1985, LL 1985-E-151, íd., Sala C - 25/10/1994, JA 1996-III, síntesis, Nº 21, pág.163
- (21) CNCiv. - Sala B - 10/4/1997, JA 1998-II-476
- (22) Solari, Néstor: "La autodeterminación del niño en el régimen de visitas" - JA - fascículo 8 - 2006-III - pág. 93
- (23) Solari, Néstor: "La autodeterminación del niño en el régimen de visitas" - JA - fascículo 8 - 2006-III - pág. 95