

Doctrina

Derecho humano a la comunicación en las relaciones filiales



Aída Kemelmajer

Académica titular de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires.

SUMARIO: I. Terminología. Objetivo. — II. Derecho humano a la comunicación y derecho a la vida familiar. Algunas reglas generales extraídas de la jurisprudencia de los tribunales regionales de Derechos Humanos. — III. El derecho humano a la comunicación y la igualdad de todos los hijos. — IV. El derecho humano a la comunicación de progenitores con discapacidad. — V. El derecho a la comunicación y el hijo con discapacidad. — VI. El derecho humano a la comunicación de progenitores pertenecientes a grupos con diferente orientación sexual. — VII. El derecho humano a la comunicación en pueblos originarios con diversas conformaciones familiares. — VIII. Las adopciones irregulares y el derecho de comunicación de la madre, privada de su hijo. — IX. La adopción regular y el derecho del progenitor a comunicarse. — X. Derecho del padre a tener información y a comunicarse con el hijo biológico dado en adopción por la madre antes de haberse establecido el vínculo jurídico paterno. — XI. Derecho a tener información y a comunicarse del padre biológico (sin título de estado) con el hijo biológico que legalmente es hijo del marido de la madre. — XII. Comunicación de los hijos con progenitores privados de libertad. — XIII. El derecho a la comunicación y la perspectiva de género. — XIV. El derecho humano a la comunicación favorecido por los recursos que brinda la informática. — XV. El derecho humano a la comunicación y el derecho a la tutela judicial efectiva. — XVI. Eficacia de las decisiones sobre derecho de comunicación y autonomía progresiva de los NNA. — XVII. El derecho a la comunicación y a la vida familiar sin violencia. — XVIII. Medidas cautelares que inciden en el derecho a la comunicación. Prohibición de acercamiento. — XIX. Herramientas de atenuación de los inconvenientes. — XX. Una reflexión final.

I. Terminología. Objetivo (*)

En los códigos decimonónicos, y aun en algunos vigentes, el derecho a la comunicación es conocido como “derecho de visita”; sin embargo, la expresión no refleja su contenido que, teniendo por norte el interés superior del niño, se extiende no solo a lo material (hecho físico del encuentro) sino a la cobertura de necesidades afectivas y educacionales en miras al desarrollo armónico y equilibrado del niño, niña o adolescente (NNA) (1).

El derecho argentino admite diversos legitimados (parientes, referentes afectivos, arts. 555, 556, etc.); más aún, en algunas decisiones y trabajos doctrinales se habla de “familia multiespecie” para referirse

a la comunicación de los integrantes del grupo con un animal doméstico, pero este trabajo se limita a las relaciones entre progenitores e hijos menores de edad (2).

A través de resoluciones judiciales, me propongo mostrar que el derecho a comunicarse entre padres e hijos integra el derecho humano a la vida familiar mencionado en tratados internacionales de Derechos Humanos que componen el bloque de constitucionalidad del derecho argentino.

Dejo fuera de estas reflexiones la ley 24.270 que en 1993 introdujo el delito de impedimento de contacto, porque, en mi opinión, la sanción penal no agrega aspectos positivos relevantes a la perspectiva de los Derechos Humanos (3).

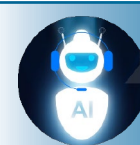
(3) He explicado largamente por qué, en mi opinión, el derecho penal es una respuesta insuficiente y, generalmente, agudiza los problemas familiares. Ver, de mi autoría, *La violencia en las relaciones de familia. Diálogo con la jurisprudencia argentina. Respuestas de la jurisdicción “no penal”*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2022, t. I, capítulo V.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Comunicación de la académica en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 13 de junio de 2024.

(1) GUASTAVINO, Elías, “Régimen de visitas en el derecho de familia”, JA, 1976-I-654; conf. KRASNOW, Adriana, “Parentesco, alimentos y derecho de comunicación”, en IGLESIAS, Mariana B. - KRASNOW, Adriana, “Derecho de las familias y las sucesiones”, Ed. La Ley, Bs. As., 2018, p. 107. Compulsar SC Mendoza, 06/07/2015, “D. D. A. en j° 1770/10/1F/25.319 D. D. A. c. V. D. R. p/ Ejec. de sentencia p/ Rec. ext. de inconstit.-casación”, inédito; CNCiv., Sala J, 19/05/2023, “G., A. R. c. B., M. A. s/Régimen de Comunicación”, TR LALEY AR/JUR/62745/2023.

(2) Artículo 652.- *Derecho y deber de comunicación*. 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.



LA LEY A.I.
(Análisis Inteligente)
by TR + Microsoft Copilot
Continúa el A.I. en p. 2

¿Cuáles son los 5 puntos principales de esta doctrina?

1. El derecho a comunicarse entre padres e hijos integra el derecho humano a la vida familiar mencionado en tratados internacionales de Derechos Humanos que componen el bloque de constitucionalidad del derecho argentino.
2. El disfrute mutuo de la compañía entre padres e hijos constituye un elemento fundamental del derecho a la vida familiar previsto en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.
3. La igualdad de todos los hijos lleva automáticamente a que, a los efectos del derecho de la comunicación, no se distinga según aquellos sean matrimoniales o extramatrimoniales.

Columna de opinión

Aporte de cryptoactivos por no residentes a fideicomisos en Argentina

Caso de estudio



Gilberto León Santamaría

17

Continuación del A.I. de p. 1

4. En ocasiones la discapacidad del hijo dificulta conocer su opinión. Con buen criterio, en la Argentina se sostiene que “el NNA debe ser oído aun cuando presente algún tipo de discapacidad”.

5. La discriminación en contra de progenitores con orientación sexual minoritaria también ha sido tratada por los tribunales regionales de Derechos Humanos.

¿Dónde encontrar más información en línea sobre el tema?

[Derechos de niños, niñas y adolescentes](#)

Página web del Ministerio de Justicia sobre la ley 26.061 y los derechos de los niños, niñas y adolescentes a la vida, a la intimidad, a la salud, a hacer deporte, a jugar.

[Derecho de Familia y acceso a la justicia](#)

Cuadernillo de *Tramando Derechos* sobre fortalecer las autonomías de las mujeres y LGTBI+.

II. Derecho humano a la comunicación y derecho a la vida familiar. Algunas reglas generales extraídas de la jurisprudencia de los tribunales regionales de Derechos Humanos

Un rastreo de la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos (de ahora en adelante TEDH) (4) posibilita extraer, entre otras, las siguientes reglas:

a) El disfrute mutuo de la compañía entre padres e hijos constituye un elemento fundamental del derecho a la vida familiar previsto en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (5); en definitiva, “para un padre y su hijo, estar juntos constituye un elemento fundamental de la vida familiar” (6).

b) El mencionado artículo tiene por objeto no solo proveer a la persona de instrumentos contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, sino generar obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida familiar.

Estas obligaciones se materializan en un verdadero arsenal jurídico adecuado y suficiente para:

(i) asegurar los derechos legítimos de los interesados,

(ii) facilitar la reunión (7),

(4) Todas las decisiones mencionadas a lo largo de este artículo se encuentran a través de la base de datos <https://hudoc.echr.coe.int>.

(5) Convención Europea de Derechos Humanos. Art. 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

(6) Entre muchos, “Hokkanen v. Finland”, 23/09/1994, Series A no. 299-A, p. 20, § 55; “Johansen v. Norway”, 7/08/1996, “Elsholz v. Germany [GC]”, no. 25735/94, § 43, “A. V. c. Italie”, 10/12/2020

(iii) preservar las relaciones personales y,

(iv) de ser apropiado, reconstruir la familia (8).

c) Las medidas deben ser dictadas teniendo en consideración el interés superior del NNA (9). El tribunal suele repetir: El interés superior del niño exige, por una parte, que se mantengan los vínculos del niño con su familia, salvo en los casos en que la familia haya demostrado ser particularmente inadecuada. Por la otra, es evidente que también redundan en interés del niño garantizar su desarrollo en un entorno sano; y un progenitor no puede tener derecho, con base en el art. 8 de la Convención, a que se adopten medidas que perjudiquen la salud y el desarrollo del niño.

d) La pauta del interés superior requiere respetar el derecho del NNA a ser oído y a que su opinión sea tenida debidamente en cuenta. La obligación del tribunal depende de las circunstancias particulares de cada caso, teniendo debida cuenta de la edad y de la madurez del niño afectado (10). Si tienen discernimiento suficiente, deben ser oídos por el juez. En cualquier caso, cuando el niño solicita ser oído, la denegación del trámite de audiencia debe ser motivada (11).

e) La adecuación de las medidas debe ser juzgada teniendo en consideración la rapidez de su implementación, porque el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para la relación entre el NNA y el progenitor con el que no vive. La ruptura de contacto con un niño pequeño puede conducir a una alteración creciente de esa relación (12) y tornar en definitiva una situación calificada como provisoria cuando el Estado intervino con una medida de tutela o análoga (13).

f) Comprende el caso de conflicto entre los progenitores (14); por eso, su falta de cooperación no dispensa al Estado de poner en práctica todos los medios susceptibles para mantener el vínculo familiar (15).

g) Corresponde a las autoridades competentes tomar todas las medidas adecuadas a fin de sancionar al progenitor obstructor (16); sin embargo, siendo la comprensión y la cooperación del conjunto de personas implicadas un factor importante, la obligación estadual de recurrir a la coerción es limitada (17). Cuando la fuerza parece necesaria, porque no hay otra alternativa, se debe actuar con extrema prudencia (18).

h) Cuando el conflicto se plantea ante el tribunal regional de Derechos Humanos, el punto decisivo es determinar si, en el caso, las autoridades nacionales

nº 36936/18 etc.

(7) En otras palabras, las obligaciones a cargo del Estado engloban el conjunto de medidas preparatorias para facilitar la comunicación. Ver “Kosmopoulou c. Grèce”, nº 60457/00, § 45, 5/02/2004; “Amanalachioai c. Roumanie”, nº 4023/04, § 95, 26/05/2009.

(8) “Zawadka c. Pologne”, nº 48542/99, § 53, 23/06/2005.

(9) “Mohamed Hasan v. Norway”, (Application no. 27496/15), 26/07/2018.

(10) “Sahin c. Alemania”, nº 30943/96, § 73, 2003-VIII.

(11) “Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias c. España” (Demanda nº 23298/12), 11/10/2016.

(12) “Pini et autres c. Roumanie”, nos 78028/01 et 78030/01, § 175, CEDH 2004 V (extraits), et “K. A. B. c. Espagne”, § 103.

(13) “Omofere c. Espagne”, Requête no 69339/16, 23/06/2020.

(14) “Ignaccolo-Zenide c. Roumanie”, nº 31679/96, § 108; “Syl-

tomaron todas las medidas necesarias que razonablemente se le podían exigir (19).

i) El hecho de que los esfuerzos de las autoridades locales hayan sido vanos no lleva automáticamente a la conclusión de que el Estado incumplió con las obligaciones positivas del art. 8, porque no se trata de obligaciones de resultado (20).

j) La circunstancia de que exista una ley local que indemnice la dilación indebida de los procedimientos no es suficiente para que el TEDH no ingrese en el análisis del caso y verifique los ataques y daños generados, porque esa indemnización solo tiene en cuenta los efectos de la demora y no otros (21).

Como se verá a lo largo de este trabajo, las mismas reglas generales pueden aplicarse en el sistema interamericano de derechos humanos que la República Argentina integra.

III. El derecho humano a la comunicación y la igualdad de todos los hijos

La igualdad de todos los hijos lleva automáticamente a que, a los efectos del derecho de comunicación, no se distinga según sea matrimonial o extramatrimonial.

No siempre fue así, tal como lo muestra el caso “Keegan v. Ireland (Application no. 16969/1990)”, 26/05/1994.

Keegan conoció a su novia en 1986. Comenzaron a vivir juntos en 1987. En 1988 ella quedó embarazada. Un día dejaron de convivir. Posteriormente, en setiembre de 1988, nació una niña. Él fue al hospital a visitarla. Unas semanas más tarde, la madre y su familia le impidieron verla. Dos meses después del nacimiento, la niña fue inscrita para ser adoptada; la madre informó al padre unos días más tarde. Él pidió judicialmente que la guarda de la niña le fuese otorgada.

Según el derecho irlandés vigente a la época de los hechos, un hombre casado tiene la guarda de sus hijos; en cambio, el padre extramatrimonial tiene que solicitarla al juez. En el caso, el juez entendió que no había razón para no otorgarla al padre; no obstante, decidió ir en consulta a la Suprema Corte para comprobar si había interpretado la ley correctamente. La Suprema Corte decidió que era incorrecta por estas razones: (i) El principio rector es el interés superior del NNA; (ii) La niña ingresó legalmente en el sistema de adopción por decisión de la madre; (iii) El factor biológico es solo un elemento, no relevante en el caso.

vester c. Autriche”, nos 36812/97 et 40104/98, § 68, 24/04/2003; “Zavrel c. République Tchèque”, nº 14044/05, § 47, 18/01/2007, “Mihailova c. Bulgarie”, no 35978/02, § 80, 12/01/2006.

(15) “Reigado Ramos c. Portugal”, no 73229/01, § 55, 22/11/2005.

(16) “Zavrel c. République Tchèque”, (requête no 14044/05), 18/01/2007 nº 52.

(17) “Voleský c. République Tchèque”, no 63267/00, § 118, 29/06/2004.

(18) “Mitrova et Savik c. l'ex-République yougoslave de Macédoine”, no 42534/09, § 77, 11/02/2016; “Reigado Ramos c. Portugal”, no 73229/01, § 53, 22/11/2005.

(19) “Nuutinen c. Finlande”, no 32842/96, § 128.

(20) “Nicolò Santilli”, § 67, 17/12/2013; “Mihailova c. Bulgarie”.

(21) “Zavrel c. République Tchèque”, (requête no 14044/05), 18/01/2007 nº 52.

El proceso por adopción siguió adelante. Un perito afirmó que la niña podía sufrir un shock si era cambiada de la familia en la que estaba integrada. En definitiva, el juez hizo lugar a la adopción y cerró la posibilidad de que el padre biológico tuviese comunicación con el hijo.

Contemporáneamente en Irlanda comenzaron movimientos de grupos sociales para mejorar la situación del padre extramatrimonial. En esas circunstancias el conflicto llegó al TEDH.

El tribunal condenó a Irlanda por violación al derecho a la vida familiar. Razonó del siguiente modo: (i) Familia no es solo la matrimonial; (ii) En el caso, el padre tuvo una relación estable con la madre durante dos años y juntos decidieron tener una hija; (iii) La situación era similar a la de una familia matrimonial, por lo que no debió ser juzgada por las normas discriminatorias de la familia extramatrimonial; (iv) Dar la niña en adopción dentro de un plazo brevísimo sin el consentimiento del padre era conforme a la ley irlandesa, pero esa restricción de la ley al derecho a la vida familiar no era proporcional ni necesaria en una sociedad democrática. Por eso, existió violación al derecho a la vida familiar (art. 8) titularizado por un padre que hizo denodados esfuerzos por obtener la guarda de su hija biológica.

IV. El derecho humano a la comunicación de progenitores con discapacidad

En algunas ocasiones, cierto tipo de discapacidades sufridas por los padres dificultan materialmente la comunicación; piénsese en un padre o una madre con alteraciones mentales graves o con sordomudez, si el hijo pequeño no conoce el lenguaje de señas, etc.

El TEDH ha tenido oportunidad de pronunciarse en estos supuestos especiales. Me detengo en dos casos. En ambos, las sentencias recuerdan que, conforme el art. 2 de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, “comunicación” es un término amplio que incluye los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los dispositivos multimedia de fácil acceso, el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso”.

IV.1. “*Kacper Nowakowski v. Poland* (Application no. 32407/13)”, 10/01/2017

KN es una persona sordomuda; para comunicarse, usa el lenguaje de signos; se casó con AN, que es sorda y se comunica oralmente sin dificultades. ASN, hijo de ambos y sufre problemas auditivos. Un año después del nacimiento del niño, KN y AN se separaron y meses más la mujer pidió el divorcio. En ese juicio, cautelarmente, el juez concedió al padre derecho de comunicación con el hijo, dos veces por semana, dos horas cada día; al mismo tiempo pidió a los expertos que le informaran sobre el resultado de las reuniones. Los peritos dijeron que los vínculos del niño con la madre eran normales y fuertes; en cambio, con el padre resultaban débiles y superficiales; para fortalecerlos, aconsejaron aumentar las reuniones. En diciembre de ese año, al declarar el divorcio, el tribunal resolvió: (i) el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental; (ii) el niño viviría con la madre; (iii) derecho de visitas del padre tres viernes al mes y sábados

intermedios, en la casa de la madre, sin presencia de terceros; (iv) el padre debía pagar alimentos.

Tiempo después el padre pidió cambio del régimen de comunicación para que se extendiera a los días de semana y se realizaran fuera de la casa de la madre; se fundó en que el niño tenía ya 5 años y había que hacer los lazos más fuertes; admitió que después del divorcio no vio a su hijo durante un año, pero alegó problemas de salud; sostuvo estar capacitado para el régimen que solicitaba y que contaba con el apoyo de su familia; relató los inconvenientes existentes, que atribuyó a la madre, quien impedía el contacto y no le informaba ningún dato relativo al hijo.

La madre negó los hechos. Un informe estableció que el padre no visitaba regularmente a su hijo; que tenía problemas depresivos y otro tipo de enfermedades. Un grupo de expertos desaconsejó aumentar los días de comunicación, pero recomendó que las visitas se hicieran fuera de la casa de la madre (el niño vivía también con sus abuelos); informó que la relación hijo/padre había mejorado, pero la habilidad para tener vínculos con el hijo era limitada; también señaló que la madre era sobreprotectora. Por su lado, la psicóloga sostuvo que la discapacidad del padre era un elemento objetivo que perjudicaba la comunicación y aconsejó tres encuentros al mes. El padre impugnó el dictamen; argumentó que ninguno de los profesionales intervinientes era especialista en cuestiones atinentes a personas con discapacidad auditiva.

El tribunal rechazó el pedido del padre de aumentar el número de encuentros. El padre apeló; el tribunal rechazó el recurso e insistió que no se trataba de un acto de discriminación. Posteriormente, la madre inició un nuevo procedimiento en el que pretendía la limitación de las facultades parentales del progenitor, especialmente, las referidas a la educación. Alegó que el padre se había opuesto a que se extendiera un documento de identidad al niño. El padre solicitó que se dispusiera terapia psicológica compulsiva a la madre; dijo que la madre lo injuriaba delante de otras personas y del niño.

El juez hizo lugar a la petición de la madre (limitación de las atribuciones) y rechazó la del padre (tratamiento de salud). El padre apeló, pero el tribunal rechazó el recurso y reiteró que no había discriminación.

El padre denunció ante el TEDH violación de los arts. 8 y 14 (igualdad); insistió en que pese a lo que decían las sentencias, la verdadera razón del rechazo de sus peticiones era su discapacidad. Sostuvo que, si bien su especial discapacidad lo mantiene incomunicado con algunos sectores de la sociedad, es mentalmente sano, trabaja, estudia y tiene vida independiente.

El TEDH analizó cuidadosamente toda la prueba incorporada y las convenciones involucradas: la de los derechos del niño y la de los derechos de las personas con discapacidad. La cuestión, dijo, es si tomaron todas las medidas razonables para facilitar el acceso a la comunicación del padre con su hijo. Desde esta perspectiva, está claro que: (i) los tribunales han reconocido los conflictos existentes entre los padres y que la madre obstruía esa relación; no obstante, no tomaron ninguna medida para impedir esa obstrucción y rechazaron el pedido del padre de que ella se sometiera a terapia; (ii) la legislación polaca otorga una serie de instrumentos para facilitar la comunicación, pero el tribunal no usó ninguno; (iii) no recu-

rió a especialistas en derecho de familia respecto a personas con discapacidad. Concluyó que el Estado incumplió la Convención de los derechos de las personas con discapacidad. Por lo tanto, más allá del margen de apreciación de los Estados, en el caso, se violó el derecho a la vida familiar de una persona con discapacidad. Condenó, entonces, a Polonia a pagar una suma de dinero en concepto de daño no patrimonial y las costas.

IV.2. “*Kocherov and Sergeyeva v. Russia*, (Application no. 16899/13)”, 29/03/2016

El Sr. Kocherov, persona con debilidad mental, vivió en una casa de cuidados neurológicos en San Petersburgo entre 1983 y 2012. En el 2007 se casó con una mujer que estaba en el mismo centro y había sido declarada incapaz. En mayo de ese año nació una hija de ambos, Sergeyeva, pero la paternidad no fue reconocida formalmente en un título de estado. La bebé pasó a otro hogar para niños sin filiación después de haber estado en un hospital por una enfermedad que contrajo durante el parto. En agosto de 2007 se extendió un nuevo certificado de nacimiento en el que Kocherov aparece como padre. Él prestó consentimiento para que la niña continuase en ese hogar porque no se podía hacer cargo, pero la visitaba continuamente. Mientras tanto, la madre solicitó se le restituyera la capacidad, pero la petición fue denegada sobre la base de informes periciales psiquiátricos. En setiembre de 2008, a pedido del Ministerio Público, el matrimonio se declaró nulo con fundamento en la incapacidad de la mujer.

En 2012 los servicios sociales proveyeron al padre de un departamento donde vive desde entonces, en forma independiente. El padre solicitó que la niña fuese a vivir con él; un informe lo mostraba como una persona de buen carácter; que sabe leer y escribir; en la casa cocina, se mueve con independencia, y muestra gran ternura en sus relaciones con la hija; trabaja y ha logrado ahorrar dinero. No obstante, el tribunal consideró inconveniente que la niña saliera del instituto donde vivía; invocó el interés superior de esta y argumentó: que el padre no tenía conocimiento de cómo tratar a una niña, porque estaba acostumbrado a moverse entre personas con discapacidad; la madre, que seguía declarada incapaz y era una persona muy poco estable, tenía acceso libre y frecuente al departamento del padre; en definitiva, no había pruebas de que la niña tendría una vida segura y saludable viviendo con el padre.

El progenitor apeló la resolución. Sostuvo que el Código Civil no exige a los padres biológicos tener todas las calidades que a él se le exigían; que el hecho de que la madre fuese incapaz no significa que fuese peligrosa para la hija. Ese recurso y otros interpuestos fueron rechazados.

El padre seguía visitando regularmente a la hija. En 2013 interpuso una acción contra los servicios sociales; invocó que habían fijado restricciones importantes para las reuniones, generando mucha ansiedad en la niña. Sobre la prueba producida, los jueces dijeron que no había razones para esas restricciones. En mayo de 2013 el padre llevó a la niña a su casa y vive con él desde entonces.

El padre denunció ante el TEDH que las autoridades rusas restringieron ilegítimamente su derecho a la vida familiar imponiendo limitaciones y negándose a que la niña se fuese a vivir con él.

Teniendo como punto de partida el margen de discrecionalidad de los estados, el TEDH analizó si las limitaciones impuestas a la vida familiar del padre con discapacidad y su hija eran necesarias en una sociedad democrática. A ese fin, tuvo en consideración que: (a) El padre vivió en un hogar para personas con problemas psiquiátricos entre 1983 y 2012, o sea, durante 29 años; la niña estuvo institucionalizada con el consentimiento del padre; las restricciones no surgían de decisiones judiciales sino de que no vivían juntos y nunca impidieron la comunicación en tanto durante mucho tiempo se reunió con la hija sin dificultad alguna, aunque estaba institucionalizada. (b) Sin embargo, el acto que negó la petición de que la niña fuese a vivir con él careció de motivación razonable: la primera (no tenía experiencia porque había vivido institucionalizado gran parte de su vida) estaba contradicha por la realidad desde que vivía en forma independiente, contactándose con el entorno social y laboral; la segunda (no había pruebas de que la vida de la niña con su padre sería segura y saludable) era contradictoria con todos los dictámenes psiquiátricos que decían que tenía aptitud para cuidar a la hija; la tercera (la madre era inestable) se fundaba en un dictamen que tenía una antigüedad de cuatro años, no habiéndose preocupado por obtener uno nuevo; la cuarta (los ingresos eran insuficientes), aunque fuese cierta, no era razón para negar que una niña viva con su padre biológico.

En definitiva, con un voto en disidencia, Rusia fue condenada a pagar una indemnización (22).

En la Argentina, un caso relativo a un progenitor con discapacidad tuvo distinta solución, porque los hechos eran manifiestamente diferentes. El tribunal hizo lugar al incidente de suspensión del régimen provisorio de comunicación promovido por los dos hijos adolescentes, haciéndolo extensivo a su hermano menor, respecto del padre que tenía serios problemas de salud mental causados por el consumo de drogas. Se argumentó: “conforme al art. 652 del Cód. Civ. y Com., asiste al progenitor no conviviente el derecho deber de mantener una fluida comunicación con sus hijos; sin perjuicio que este régimen comunicacional es una facultad función y hasta un deber jurídico que constituye un andamiaje del crecimiento personal, estabilidad emocional y psicológica de los hijos, en todos los casos se requiere una prudente valoración de las circunstancias. A ese efecto, se tiene en consideración: las pericias médicas, el hecho de que en las últimas reuniones el padre no logró ver ni escuchar lo que sus tres hijos le planteaban, ni su preocupación por el deterioro físico y emocional, ni el nivel de temor y angustia y el largo historial de detenciones, internaciones y tratamientos en diferentes instituciones privadas y/o públicas” (23).

V. El derecho a la comunicación y el hijo con discapacidad

En ocasiones, la discapacidad del hijo dificulta conocer su opinión. Con buen criterio, en la Argentina se sostiene que “el NNA debe ser oído aun cuando presente algún tipo de discapacidad. Involucrar a los

niños en los procesos que los afectan no solo garantiza que las decisiones estén dirigidas a sus necesidades y deseos, sino que además funciona como un instrumento valioso para la inclusión, ya que asegura que el proceso de toma de decisiones es participativo. Claro está, hay que proporcionar el modo de comunicación que necesite para facilitar la expresión de sus opiniones. Ese requisito no se cumple “si la decisión de otorgar el cuidado personal unilateral al padre se tomó sin escuchar al hijo adolescente con discapacidad que presenta una serie de síntomas compatibles con un trastorno del espectro autista, en tanto para establecer un necesario nivel de empatía resulta fundamental un espacio de confianza y cotidianidad” (24).

VI. El derecho humano a la comunicación de progenitores pertenecientes a grupos con diferente orientación sexual

La discriminación en contra de progenitores con orientación sexual minoritaria también ha sido tratada por los tribunales regionales de Derechos Humanos.

El *leading case* en Europa es “Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal”, de 21/12/1999.

El Tribunal de Apelaciones de Lisboa otorgó el cuidado personal a la madre y no negó el derecho de comunicación, pero prohibió al padre comportarse durante las visitas de modo tal que la niña pudiese advertir “que su padre vive con otro hombre como si estuvieran casados”. Además, afirmó: “Que el padre de un niño que asumió su homosexualidad quiera vivir con otro hombre es una realidad que es necesario aceptar. Es notorio que la sociedad de nuestros días es cada vez más tolerante hacia estas situaciones. Sin embargo, puede sostenerse que un ambiente de esta naturaleza no es el más sano y adecuado al desarrollo moral, social y mental de un niño, especialmente en el marco del modelo dominante de nuestra sociedad”. “El niño debe vivir en el seno de una familia tradicional portuguesa, que no es ciertamente la que el padre ha decidido constituir, porque él vive con otro hombre. No es del caso afirmar si la homosexualidad es o no una enfermedad o solo una orientación sexual. En cualquiera de los dos casos se está en presencia de una anormalidad y un niño no puede crecer a la sombra de situaciones anormales”.

El TEDH entendió que los párrafos transcriptos no son simples fórmulas torpes y desafortunadas, ni constituyen meros *obiter dicta*, sino que revelan que la homosexualidad del demandante fue decisiva para la resolución final. Ello implica una distinción por factores relacionados con la orientación sexual del demandante, incompatible con el Convenio. Por eso, condenó a Portugal por violación al art. 14 entendiendo innecesario entrar en la problemática del art. 8.

Las razones discriminatorias del tribunal local recuerdan las de la Corte Suprema de Chile que la Corte Interamericana de Derechos Humanos invalidó en el caso “Atala Riffo c. Chile”, aun cuando en ese caso no estuvo en discusión el derecho a la comunicación.

VII. El derecho humano a la comunicación en pueblos originarios con diversas conformaciones familiares

Lamentablemente las denuncias por violaciones a los derechos de los grupos originarios son frecuentes en el sistema interamericano de derechos humanos.

En algunas ocasiones, incluso, relatan hechos de ataques que estas poblaciones se causan entre sí. El derecho a la comunicación entre los integrantes del grupo adquiere, entonces, algunas particularidades.

Así, el 31/03/2014, la Corte intervino en un pedido de medidas provisionales respecto de Ecuador, con relación a dos niñas del pueblo indígena *Taromenane*.

No se trata de un caso de derecho de comunicación en relaciones paternofiliales, pero cabe referirse a él porque conmueve el tratamiento dado por el tribunal, muy diferente al que se daría respecto de NNA que no pertenecen a grupos originarios.

Aclaro que Ecuador no respondió al pedido de informes de la Comisión, por lo que este organismo elevó la causa a la Corte sobre la única base de la denuncia.

La Comisión relató los siguientes hechos: El 30 de marzo de 2013 ocurrió un enfrentamiento entre los pueblos *Waorani* (o *Huaorani*) y *Taromenane* en el que murieron los padres de dos niñas y, presuntamente, todos los miembros del clan. Ellas habrían presenciado el asesinato de su madre. Dicha “masacre habría sido planificada con anticipación y habría tenido lugar con lanzas y armas de fuego por parte de aproximadamente 12 miembros pertenecientes a comunidades del pueblo indígena *Waorani*, en supuesta venganza por el asesinato de una pareja de adultos del pueblo *Waorani*, de manos de miembros del pueblo *Taromenane*, que se encuentra en aislamiento voluntario. El mismo día de la masacre, las dos niñas pertenecientes al grupo *Taromenane* fueron separadas de su comunidad y llevadas a la más cercana. De acuerdo con información que fue presentada ante la Comisión, las primeras semanas habrían sido muy difíciles para ellas.

Ante la Corte Interamericana, Ecuador probó que:

(a) Creó una Comisión para la investigación de las disputas existentes entre los pueblos indígenas *Huaorani* y *Taromenane*.

(b) Esa Comisión informó “la imposibilidad de que las niñas puedan ser devueltas a su grupo familiar”, teniendo en cuenta “la adaptación temporal de diez meses de separación de su clan familiar; que las “niñas han sido inmunizadas y el regreso a su grupo de origen puede implicar una amenaza de muerte para todos sus miembros, por cuanto las niñas pueden ser ahora portadoras de múltiples enfermedades; además, “ellas no tienen capacidad de orientación y ubicación en la zona de la selva de donde fueron separadas de su familia”.

(22) Por momentos, el caso recuerda la famosa película *Yo soy Sam*. En Wikipedia se lee: *I Am Sam* (*Yo soy Sam*, *Mi nombre es Sam* o *Lección de amor*) es una película del 2001 que narra la historia de un padre que padece discapacidad mental y el desarrollo con su hija. Está

protagonizada por Sean Penn, Dakota Fanning y Michelle Pfeiffer y escrita por Kristine Johnson y Jessie Nelson, quien también se encargó de dirigirla. Sean Penn fue nominado a un Óscar al mejor actor.

(23) Caso comentado por DUPRAT, Carolina, “Autonomía de las

adolescentes para decidir la suspensión de la comunicación con el progenitor”, 9/02/2021, Microjuris.

(24) ST Río Negro, sala Civil, Comercial y de Minería, 21/10/2020, TR LALEY AR/JUR/50934/2020.

(c) El Ministerio de Salud Pública dispuso que su personal de la zona donde se encuentran las niñas se encargue del monitoreo permanente de su salud física y psicológica. El informe presentado por ese personal dice: “Con posterioridad a los hechos, las menores de edad fueron trasladadas por sus captores de nacionalidad *waorani* a diferentes lugares; la mayor fue llevada a la comunidad *Yarentaro*, quien luego del operativo organizado por la fiscalía general del Estado se encuentra en la comunidad de Bamenó. La más pequeña permaneció por pocas semanas al cuidado de una familia *waorani* (captore) en un lugar indeterminado de la selva amazónica, para luego ser conducida hasta la comunidad de Dikaro y entregada a otra familia *waorani*, que es donde permanece hasta la actualidad”. “La salud física y psicológica de las dos niñas es buena, se encuentran integradas en las comunidades donde viven y presentan un buen nivel de socialización con el entorno familiar”. El retorno a un *nanicabo* (grupo familiar) en aislamiento donde residían previamente, “resulta imposible por motivos físicos y epidemiológicos que podrían amenazar gravemente a la vida de los pueblos en aislamiento voluntario”.

(d) El Ministerio de Salud Pública informó que en el caso de la niña mayor “su integración es cada vez mayor, y las dificultades lingüísticas no son significativas para su comunicación”. Según el informe psicológico “el grupo familiar donde se han asentado las niñas es extenso (no nuclear) y comparten un espacio con otros niños que tienen relación sanguínea como hijos y nietos con lo cual existen varias generaciones compartiendo el espacio vital”. Asimismo, los “niños de las comunidades *waorani*, tanto para el caso de la niña menor como de la niña mayor, socializan y enseñan el lenguaje *wao* por lo cual su comunicación cada día es más fluida”. Concluye: “La concepción cultural occidental sobre el trauma no es aplicable a la situación cultural de las niñas”.

Con base en la prueba producida, la Corte limitó su intervención a “tomar nota de la información brindada por el Estado, según la cual, a pesar de la difícil situación de las dos niñas, en términos generales, se encontrarían en buen estado de salud y en proceso de adaptación en las familias y comunidades que las acogen” y a “exhortar al Estado ecuatoriano para que continúe con la implementación y seguimiento de las medidas que han sido tomadas hasta el momento y, en particular, para que se concrete la reunificación de las dos niñas a la mayor brevedad posible”.

Al parecer, por informaciones periodísticas, las dos hermanas apenas pudieron encontrarse seis años más tarde, pero siguen viviendo en familias separadas (25).

VIII. Las adopciones irregulares y el derecho de comunicación de la madre, privada de su hijo

El 22/08/2023, en el caso “María y otros vs. Argentina”, el país fue condenado a una serie de medidas reparatorias. El hecho desencadenante fue la entrega irregular de un bebé hijo de una niña de doce años. El caso presenta particular interés por varias razones:

(a) Como en otras oportunidades, el Estado argentino reconoció la conducta contraria a derecho por

parte de las autoridades locales y se allanó a los hechos afirmados por la Comisión. Dijo expresamente que “en un proceso viciado desde su génesis, María, sin recibir el asesoramiento jurídico que requería dada su particular condición de vulnerabilidad —niña madre, mujer y en condición de pobreza— fue condicionada para entregar a su hijo en adopción, sin que fuera evaluada alguna otra medida que preservara el vínculo familiar biológico, vulnerando su derecho a la familia, y a su protección”, y que “las autoridades judiciales que intervinieron tampoco indagaron cuál era el deseo de María ni le brindaron información plena y concreta que le permitieran tomar una decisión libre e informada sobre su maternidad”. Más allá del allanamiento, la Corte IDH consideró necesario el tratamiento de toda la situación, dado que “se encuentra en juego directamente el derecho a la identidad”, pues Mariano está creciendo en una familia distinta a su familia de origen, sin que haya una razón o fundamento que impida a María ejercer su maternidad”, lo que “se enlaza profundamente con el derecho a la familia, y el especial deber de protección que al respecto tienen los Estados”.

(b) La Corte insiste en señalar algunas reglas relativas a diversas obligaciones estatales: (i) fundar razonablemente sus decisiones y tomarlas en un tiempo razonable; (ii) respetar el derecho a ser oído y a la autonomía progresiva de los NNA; (iii) tomar medidas para evitar las interseccionalidades que aparecen en las vulnerabilidades y, de ese modo, no cometer violencia institucional, incluida la obstétrica.

En este sentido sostuvo:

(i) El deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el art. 8.1 para salvaguardar los derechos a un debido proceso, de acceso a la justicia y a conocer la verdad, en relación con el art. 25 de la Convención. Una exposición clara de una decisión constituye parte esencial de una correcta motivación de una resolución judicial, entendida como “la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”. El cumplimiento del deber de motivar correctamente otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. Por eso, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas; de lo contrario, son arbitrarias. Para no serlo, debe mostrar que el conjunto de pruebas ha sido analizado y que los alegatos de las partes han sido debidamente tomados en cuenta. En el caso, “la decisión que determinó la entrega de Mariano al matrimonio López no fue motivada. El juzgado a cargo decidió sobre este delicado punto con un simple auto, hecho que constituye una grave violación a los derechos a la justicia y protección judicial. Esta inobservancia de los requisitos legales fue denunciada por la representación legal tanto de María, como de su madre, e inclusive por la Defensora General de la Nación en representación de Mariano. Sin embargo, ninguna instancia dio razón a las recurrentes.

(ii) El Comité internacional de los Derechos del Niño ha realizado una serie de especificaciones relativas a los alcances del derecho a ser oído establecido en el art. 12 de la Convención de los Derechos del niño, a saber: “no puede partirse de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones”; “el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para

ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto”; el niño debe poder expresar sus opiniones sin presión y escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado; “la realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escucharlo le informen de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que puedan adoptarse y sus consecuencias”; “la capacidad del niño debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicarle la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso”; “los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica”, por lo que su madurez debe medirse a partir de “la capacidad [...] para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente”.

Los NNA ejercen sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. En consecuencia, para acordar su participación, el aplicador del derecho —sea en el ámbito administrativo o en el judicial— deberá tomar en consideración las condiciones específicas y el interés analizado en la circunstancia concreta. En esta ponderación, procurará, en la medida de lo posible, el mayor acceso del NNA al examen de su propio caso. Asimismo, los NNA deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Cuando se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del niño, niña o adolescente sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto.

(iii) En el caso, el proceso se ha demorado más de ocho años y a la fecha de deliberación de la sentencia no había aun culminado, lo que implica, además, un régimen de inseguridad jurídica sobre la situación legal del niño. A pesar de la premura con la que se dieron las primeras actuaciones que implicaron la designación de un matrimonio y la entrega del bebé, las actuaciones con el fin de incluir a la madre adolescente y sus representantes en el proceso sufrieron dilaciones incompatibles con el deber de diligencia y celeridad que deben caracterizar este tipo de procedimientos. La falta de diligencia y la duración excesiva del proceso implicó que el niño haya permanecido durante más de ocho años con un matrimonio a pesar de que no cuenta, ni siquiera, con una declaratoria de guarda. De esta forma se ha perpetuado una situación que inicialmente era solo temporal.

En lo que a este trabajo interesa, la Corte:

— Señaló que, si bien se estableció un régimen de comunicación, este se vio obstaculizado y no ha permitido una verdadera vinculación entre madre e hijo. Consecuentemente, teniendo en cuenta los derechos e intereses en juego, el retraso en las decisiones judiciales generó afectaciones significativas a los derechos de la madre y su hijo.

— Trató especialmente las interseccionalidades y la violencia institucional. En este sentido subrayó:

“En María confluían distintas desventajas estructurales que impactaron en las decisiones que se tomaron en torno a su maternidad y, finalmente, en su victimización. En particular, era una niña, con escasos recursos económicos, embarazada y proveniente de una situación de violencia familiar. Estos factores de vulnerabilidad o fuentes de discriminación confluían en forma interseccional, causando una forma

(25) <https://www.planv.com.ec/historias/sociedad/escenas-olvidadas-del-reencuentro-ninas-taromenane>.

específica de discriminación por cuenta de la confluencia de todos estos factores. La especial situación de vulnerabilidad de María acentuaba los deberes de respeto y garantía a cargo del Estado. Sin embargo, el Estado no adoptó medidas orientadas a permitirle afrontar su maternidad, sino que, desde un inicio, las acciones de los diferentes actores estatales se encaminaron hacia la separación de la madre y su futuro hijo”.

“María también fue objeto de violencia institucional por el trato que recibió en la maternidad”, tal como lo explica la perita Marisa Herrera en su declaración: Impedir que una adolescente pueda parir acompañada de su madre, que la hayan encerrado en el cuarto sin que pueda ver a su hijo [...] que se le haya presionado para firmar un papel que dice “decido libre y voluntariamente conforme al derecho que me asiste y deseo firmemente que la guarda y adopción de este bebé la ordene el juez en turno, con autorización del RUAGA, y sin intervención y/u obstáculo de ningún familiar y/o interesado” [...] sin ningún tipo de apoyatura y acompañamiento psico-social y tampoco jurídico, constituyen claros actos de violencia institucional”, en tanto se invisibilizó su voluntad de conservar a su hijo, la respuesta institucional sustituyó su voluntad y, arbitrariamente, consideró qué era mejor para el niño y su mamá, coartando toda posibilidad de libre autodeterminación”.

IX. La adopción regular y el derecho del progenitor a comunicarse

La respuesta es diferente si los hechos lo son. Así, un tribunal de apelaciones argentino confirmó la declaración del estado de adoptabilidad y el rechazo del pedido de fijación de un régimen de comunicación de un padre biológico con su hijo de 8 años. El padre aducía que creía que el niño estaba con su madre y cuando se enteró que estaba en una institución le fue difícil y hasta incomprensible comprender las consecuencias dado su nivel sociocultural (no sabe leer, no tiene instrucción básica, vive en forma humilde; trabaja todo el día para subsistir, pero ha logrado comprar un terreno y hacer su casa). El tribunal hizo prevalecer la imposibilidad de lograr acuerdos con la familia extensa, la negativa del niño a relacionarse con sus progenitores biológicos y que el progenitor estuvo ausente del proceso que finalizó con la institucionalización del hijo (26).

X. Derecho del padre a tener información y a comunicarse con el hijo biológico dado en adopción por la madre antes de haberse establecido el vínculo jurídico paterno

No reseño “Fornerón c. Argentina”, tramitado ante la Corte IDH por ser ampliamente conocido.

Un caso de algunas características similares llegó al TEDH. Me refiero a “Görgülü c. Alemania, Application nº74969/01”, 26/05/2004.

Görgülü es un señor alemán de origen islámico. Tuvo relaciones con una mujer con quien se iba a casar, pero posteriormente ella desistió de llevar adelante ese proyecto. Tiempo después, ella le reveló que estaba embarazada. El niño nació y ella lo entregó en adopción. Meses más tarde, él tomó conocimiento del nacimiento y de la entrega; inmediatamente,

concurrió a la autoridad administrativa y petitionó la guarda. La petición fue rechazada por dos razones: (i) la madre no lo reconocía como padre biológico y (ii) él no tiene pruebas de serlo.

En enero de 2000, inició un juicio por filiación en el que acreditó su paternidad. El juez alemán fijó un régimen de comunicaciones, que por un tiempo se cumplió, aunque con dificultad; los contactos se vieron interrumpidos abruptamente, a pedido de los pretensos adoptantes. Mientras tanto, Görgülü se había casado por el rito islámico con una mujer alemana, que tenía un hijo de otra unión. Görgülü pidió que se le otorgara la guarda de su hijo. El tribunal reconoció que tenía derecho a la guarda, por ser el padre biológico y haber acreditado aptitud (tiene una familia bien constituida), pero afirmó que separar el niño de la familia que pretende la adopción podía ser traumático después de un año y diez meses de convivencia. Con posterioridad a esa decisión, se verificaron siete intentos de reunirse, todos fracasados. El juicio de adopción siguió adelante y se dictó sentencia, con la oposición del padre biológico.

El caso llegó al TEDH, quien, siguiendo el procedimiento habitual, afirmó que la cuestión a resolver era si el rechazo de la guarda fue una medida “necesaria en una sociedad democrática”.

Respondió negativamente con este razonamiento:

(i) La determinación del tiempo que pone obstáculo al cambio de situación está sometida a los jueces locales, quienes están en mejores condiciones para establecer cuándo un segundo desarraigo puede ser perjudicial para el niño.

(ii) Sin embargo, en el caso, el tribunal alemán solo analizó el efecto inmediato, no las consecuencias a mediano y largo plazo y las mayores dificultades generadas para la reunificación del padre con su hijo.

Consecuentemente, hubo violación al derecho a la vida familiar (art. 8).

XI. Derecho a tener información y a comunicarse del padre biológico (sin título de estado) con el hijo biológico que legalmente es hijo del marido de la madre

En Europa, al igual que en América Latina, no hay un criterio uniforme en torno a la legitimación del presunto padre biológico a impugnar la paternidad legal del marido de la madre y, de este modo, obtener el título de estado que le permita invocar la calidad de padre para solicitar derecho de comunicación. Aun sin ese título, con alguna frecuencia, el progenitor biológico reclama comunicación, tal como fue tratado por el TEDH, entre otros, en los siguientes casos.

XI.1. “Anayo v. Germany, Application no. 20578/07”, 21/10/2010

El denunciante nació en Nigeria. Entró en Alemania en 2003, pidiendo asilo, que fue finalmente denegado en 2006. En junio de 2003 empezó una relación con una mujer casada, que tenía tres hijos. Aunque inicialmente ella pensó en divorciarse, tiempo después, en agosto de 2005, decidió volver con su marido y sus hijos. En diciembre de 2005, tuvo mellizos. Está acreditado que el padre biológico es el denunciante, pero el padre legal, conforme el BGB es el marido. Antes y después del nacimiento, la mujer ha rechazado todo tipo de comunicación con el padre biológico.

En diciembre de 2006, el tribunal de Baden-Baden, luego de tres audiencias, hizo lugar al pedido del padre biológico de tener contacto con los niños, una vez al mes, cuatro horas, en presencia de un tercero, o de alguno de los integrantes del matrimonio si así ellos lo preferían. El tribunal fundó la decisión en el mejor interés de los mellicitos. Tuvo en cuenta el origen afro-alemán y la necesidad de conocer las raíces, dado sus genes, para el desarrollo de la propia identidad. Este contacto no perjudicaría a los otros hijos del matrimonio porque era una manera de manejar la verdad desde tiempo temprano. Los padres legales apelaron. Sostuvieron que el único interés del padre biológico era tener elementos a su favor para la petición del asilo. El tribunal de apelaciones de Karlsruhe hizo lugar a la apelación con estas razones: el BGB da derechos de visitas al padre legal (él no lo es); tampoco es la persona con la que los niños tienen “lazos estrechos” porque, según el BGB, no se ha hecho cargo previamente de las responsabilidades familiares; como los padres conviven, y hay posesión de estado, no puede iniciar acción de filiación; ese derecho de comunicación interfiere en el derecho a la vida familiar de los padres y sus otros hijos; el padre biológico no es el padre legal; no pueden haber dos padres con iguales derechos y responsabilidades parentales; el simple deseo de construir lazos familiares no está protegido. Las razones por las cuales los lazos no se construyeron son irrelevantes; de cualquier modo, esa construcción sería imposible si es expulsado a Nigeria.

El padre biológico recurrió a la Corte Constitucional, pero el tribunal decidió no abrir la causa. Entonces, el progenitor recurrió al TEDH. Por otro lado, la administración alemana decidió expulsarlo sin suspender la orden hasta que se pronuncie ese organismo regional. En 2008, el padre biológico se trasladó a España.

Ante el TEDH, Anayo denunció violación al derecho a la vida familiar.

Sostuvo que: (A) él tiene derecho a la vida familiar porque está dispuesto a asumir inmediatamente sus responsabilidades; (B) No es cierto que su interés sea obtener el derecho de asilo. Él vive en España y su único interés en volver a Alemania es para ver a sus hijos; (C) Él tuvo una relación estable con la madre de los niños, que estuvo dispuesta a divorciarse, aunque luego desistió; (D) El contacto con el padre biológico servirá a los niños para formar su identidad, pues comprenderán por qué tienen rasgos físicos diferentes a sus otros hermanos.

El TEDH condenó a Alemania con esta línea argumental:

(A) El niño que nace fuera del matrimonio tiene familia desde el mismo momento del nacimiento. No obstante, el mero hecho biológico no genera vida familiar protegida por el art. 8 si no va acompañada de elementos fácticos que los corroboren, pero esa vida familiar se protege si esos lazos de hecho no se han establecido por causas que no son imputables a quien reclama la vida familiar; (B) El art. 8 también protege la vida íntima, y el derecho a la identidad integra ese concepto; en el caso, está fuera de discusión que el denunciante es el padre biológico y que, en forma permanente, ha intentado ese contacto, pero no ha podido tener comunicación por la negativa de los padres legales; (C) Entonces, en el caso, hay vida familiar y la interferencia no responde al principio de

proporcionalidad, pues los tribunales no han motivado por qué esa comunicación es contraria al interés superior de los niños.

XI.2. “Schneider v. Germany (application no. 17080/07)”, 15/09/2011

Un año más tarde, el TEDH se pronunció en un caso similar; no había prueba manifiesta de la paternidad, pero sí indicios muy significativos y preocupación constante del presunto padre. El tribunal siguió la línea argumental de la sentencia dictada en el caso “Anayo” y también condenó a Alemania por violación del art. 8.

XII. Comunicación de los hijos con progenitores privados de libertad

La privación de la libertad de uno o ambos progenitores genera inconvenientes al ejercicio del derecho de comunicación.

a) Un importante documento señala las especiales dificultades cuando es la madre quien está en esa situación (27). Los párrafos más relevantes a los fines de este trabajo afirman:

“88. La Comisión enfatiza que ante la separación y pérdida de vínculos afectivos que conlleva el encarcelamiento, cuando las mujeres son enviadas a prisión no solo son privadas de su libertad personal, sino también del desarrollo de su vida familiar. Esta situación afecta gravemente la salud emocional tanto de las mujeres como de las personas bajo su cuidado”.

“90. En este sentido, la Corte consideró que todas las decisiones respecto de la separación de una niña o niño de su madre, progenitor o cuidador principal que se encuentra privado de libertad y su correspondiente externalización, incluidas las cuestiones relativas a las alternativas de cuidado, debe ser siempre adoptada en función de la situación concreta y en atención al interés superior de la niña o niño involucrado. En particular, señaló que esas decisiones deben cumplir con los siguientes requerimientos: i) ser adoptadas de manera individualizada, considerando las circunstancias particulares de cada caso; ii) recabar la opinión de la niña o niño concernido según su edad y grado de madurez y se tengan en cuenta tales opiniones al adoptar una decisión; iii) realizar una evaluación y determinación del interés superior, y iv) de realizarse la externalización, garantizar la continuidad de la relación entre madre, progenitor o cuidador principal que permanece encarcelado y su hijo o hija, cuando ello sea apropiado al interés superior. Sumado a ello, los Estados deben establecer protocolos y procedimientos para asegurar una adecuada preparación para la transición y separación del niño de la persona cuidadora encarcelada, incluyendo la provisión de atención psicológica y apoyo social”.

“91. La Comisión nota que la falta de implementación de políticas penitenciarias respetuosas del enfoque de género dirigidas al mantenimiento de vínculos familiares resulta en la existencia de desafíos para que las mujeres encarceladas puedan mantener contacto con las personas bajo su cuidado. En el caso particular de niñas y niños, la CIDH ha advertido que las afectaciones que se ocasionan tanto a las madres

como a sus hijos derivan principalmente de que los sistemas carcelarios en la región carecen de medidas especiales que permitan un contacto adecuado entre ambos, a pesar de que dicho vínculo es crucial para su bienestar y para evitar los efectos traumáticos a largo plazo que la separación produce en ambos. En particular, dicho contacto se ve afectado principalmente por: i) lejanía de las cárceles femeninas; ii) dificultades para realizar visitas; iii) ausencia de espacios adecuados y condiciones propicias; iv) falta de una persona que pueda acompañar a niñas y niños durante las visitas; v) ausencia de recursos para asegurar su traslado a los centros. En este escenario, según información recibida, en su mayoría, las mujeres encarceladas no reciben visitas de sus familiares ni personas allegadas”.

“93. La privación de la libertad de madres y padres no debe ser considerada razón para la restricción indebida del contacto directo de modo regular”.

“94. De manera particular, en su Opinión Consultiva No. OC-29/22, la Corte IDH señaló que a fin de no vulnerar los derechos de las niñas y niños a las visitas familiares y a mantener contacto con sus madres o cuidadores principales privados de libertad, resulta esencial que se aseguren los siguientes aspectos: i) brindar información clara y precisa sobre la organización de las visitas, y que se posibilite que las niñas y niños puedan concurrir en días y horarios que interfieran lo menos posible con sus actividades cotidianas; ii) facilitar el ingreso de juegos y elementos recreativos que favorezcan la vinculación; iii) garantizar que no se someta a las niñas y niños a registros corporales intrusivos o que atenten contra su dignidad; iv) garantizar adecuadas condiciones materiales y de higiene en los espacios de espera y de visitas; y v) promover la vinculación familiar en espacios fuera de las prisiones”.

b) En la misma línea, el TEDH decidió el caso “A et Autres c. Italie, (Requête no 17791/22)”, 7/09/2023.

Los hechos probados son los siguientes: A (rumano) y D (italiana) eran una pareja de la que nacieron dos niños, B (2009) y C (2011). A. no había reconocido formalmente a sus hijos; se encontraba en la cárcel por un hecho vinculado a una asociación de tipo mafioso de la que había formado parte; era beneficiario de un programa de protección de testigos como colaborador de la justicia. En determinado momento, la mujer decidió no visitarlo en la prisión a donde, hasta entonces, iba en compañía de sus hijos.

A. interpuso con éxito una demanda de reconocimiento de filiación; en ese juicio se designó una tutora *ad litem* a quien los niños manifestaron expresamente que querían visitar al padre, hecho que la tutora informó al tribunal. El juez otorgó el ejercicio de la responsabilidad parental a la madre e hizo lugar al derecho de comunicación solicitado por el padre, bajo las condiciones que fijaran los servicios sociales, por lo que ordenó que las visitas se prepararan adecuadamente y que la madre colaborara. Dado el programa de protección de testigos al que el padre estaba sometido, la madre pidió medidas complementarias porque temía que algo sucediera a los niños; la petición fue acogida y la madre y los niños fueron puestos bajo la custodia de una institución. En 2020 y 2021,

sin que las visitas se cumplieran hasta ese momento, se volvió a ordenar que se prepararan, sea por teléfono o por otros medios. En determinado momento, la guarda de los niños se otorgó a los servicios sociales porque la madre no colaboraba con las autoridades para organizar las visitas. Sin embargo, el Ministerio Público se pronunció en contra del régimen de comunicación; el juez estuvo de acuerdo y ordenó la suspensión. A. apeló. Ante el tribunal de apelaciones la tutora *ad litem* relató haber recibido presiones de los servicios sociales para que diera opinión negativa, pero ella aconsejó que las visitas se realizaran con apoyo psicológico. En julio de 2017 los servicios sociales dieron opinión negativa para los encuentros incluso por teléfono. En 2020 nuevamente una resolución autorizó esa comunicación, pero nunca pudieron concretarse, pese a los reclamos sucesivos de A. A fines de 2020 los niños tuvieron una reacción desfavorable cuando supieron que el padre estaba en la cárcel y la psicóloga desaconsejó la comunicación. A partir de entonces, todas las posibilidades de encuentro se frustraron; más aún, en marzo de 2021 el servicio de la penitenciaría informó que no podía organizar los encuentros por el COVID. Finalmente, en mayo de 2021 esas visitas se concretaron. La psicóloga informó que el encuentro había sido totalmente traumatizante para los hijos.

El padre llegó al TEDH; se quejó que las autoridades italianas no hicieron todo lo posible para que las visitas se concretaran oportunamente; afirmó que, por oposición, especialmente de la madre y de los servicios sociales, entre 2017 y 2021 solo pudieron encontrarse una vez.

El TEDH reconoce que las autoridades italianas enfrentaron una situación difícil. No obstante, conforme su jurisprudencia, condenó a Italia a pagar al padre y a los hijos una suma de dinero, con la siguiente línea argumental: (i) la oposición de uno de los progenitores no excusa suficientemente a la autoridad judicial; (ii) las autoridades no cumplieron oportunamente con la obligación de proveer apoyo psicológico a los niños para que pudieran afrontar las visitas; (iii) pese a las órdenes judiciales, los servicios sociales tardaron en actuar; (iv) al dejar en manos de los servicios sociales la ejecución, el sistema judicial no cumplió con la obligación de hacer eficaz sus resoluciones; (v) la carencia de profesionales psicólogos generó un proceso inequitativo, especialmente porque el juez estaba entre la tutora *ad litem* (que decía que los niños querían tener comunicación, al menos al comienzo) y los servicios sociales que se oponían; (vi) cuando el tribunal decidió suspender las visitas no escuchó a los niños (ya tenían 12 años) y no explicó por qué no lo hizo; (vii) el tiempo puede ser fatal para el ejercicio de este derecho; por eso, se requiere un plus de diligencia; (ix) la Corte advierte que el programa de protección de testigos ponía dificultades específicas, pero no llegan a justificar las omisiones señaladas.

c) Otro caso interesante fue decidido el 16/4/2024 por la Sala segunda del Tribunal Constitucional español (28).

El Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 5 de Madrid conoció en una demanda de divorcio; con apoyo del Ministerio Fiscal y sin escuchar a las hijas,

(27) Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Mujeres privadas de libertad en las Américas, 2023, chrome-ex-

tension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2023/Informe-Mujeres-privadas-libertad.pdf.

das-libertad.pdf.

(28) Nº de Sentencia: 53/2024, Nº de Recurso: 8220/2021.

entre otras medidas, fijó un régimen de comunicación muy restrictivo con el padre, que estaba en un centro penitenciario en el que cumplía condena por un delito que no estaba relacionado con violencia de género ni violencia familiar, sino por robo en casa habitada. La decisión fue confirmada por la Audiencia Provincial de Madrid y por el Tribunal Supremo.

El padre recurrió en amparo. La sala II del Tribunal constitucional hizo lugar al recurso deducido con esta línea argumental:

La privación del derecho de visitas durante el periodo en el que el padre está cumpliendo la pena de prisión obliga a los jueces a motivar y explicar qué razones aconsejan impedir todo contacto entre el padre y las hijas, y en qué beneficia a las niñas dicha privación. En el caso, la motivación no reunía estos requisitos, porque no explicaba de qué modo las visitas de las hijas al padre en prisión les causaba perjuicio.

El Tribunal Constitucional subraya que la ausencia de valoración de las circunstancias concurrentes, además de limitar el derecho del recurrente, que como interno, tiene derecho al desarrollo integral de su personalidad, desconoce la importancia del mantenimiento de los vínculos familiares para hacer posible la orientación resocializadora de la pena de prisión que impone el art. 25.2 CE". En definitiva, declaró la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas y dispuso que, tras la práctica de las nuevas diligencias, y en atención de las circunstancias concurrentes, el órgano judicial pronuncie otra sentencia respetando el derecho fundamental vulnerado y los requisitos de motivación reforzada en interés superior los menores.

d) Una denuncia contra la Argentina llegó a la Comisión Interamericana de Derecho Humanos, contenida en su informe 38/96, caso 10.506. de 15/10/1996.

La denuncia relata que en todas las ocasiones que la Sra. X visitó a su esposo, quien se encontraba preso en la Cárcel de Encausados de la Capital Federal, acompañada por la hija de ambos, de trece años, fueron sometidas a revisiones vaginales. En abril de 1989 la Sra. X presentó un recurso de amparo solicitando que se pusiera fin a las revisiones.

La Comisión recordó que:

"97. El derecho a la vida de familia puede sufrir ciertas limitaciones. Hay circunstancias especiales, como el encarcelamiento o el servicio militar que, aunque no suspenden el derecho, inevitablemente afectan su ejercicio y no permiten que se disfrute plenamente de él. Si bien el encarcelamiento necesariamente limita que se goce plenamente de la familia al separar forzadamente a uno de sus miembros, el Estado tiene la obligación de facilitar y reglamentar el contacto entre los reclusos y sus familias y de respetar los derechos fundamentales de todas las personas contra las interferencias abusivas y arbitrarias por parte del Estado y sus funcionarios públicos".

"98. La Comisión ha sostenido siempre que el Estado está obligado a facilitar el contacto del recluso con su familia, no obstante, las restricciones a las libertades personales que conlleva el encarcelamiento. En

este sentido, la Comisión ha reiterado que el derecho de visita es un requisito fundamental para asegurar el respeto de la integridad y libertad personal de los internos y, como corolario, el derecho de protección a la familia de todas las partes afectadas. Justamente, por de las circunstancias excepcionales que presenta el encarcelamiento, el Estado tiene la obligación de tomar medidas conducentes a garantizar efectivamente el derecho de mantener y desarrollar las relaciones familiares. Por lo tanto, la necesidad de cualquier medida que restrinja este derecho debe ajustarse a los requisitos ordinarios y razonables del encarcelamiento".

"99. Las visitas con contacto personal no son un derecho y en muchos países este tipo de visita ni siquiera es una opción. Generalmente, la posibilidad de visitas de contacto personal queda librada a la discreción de las autoridades de la penitenciaría. Sin embargo, cuando el Estado reglamenta la manera en que los reclusos y sus familias ejercen el derecho no puede imponer condiciones o llevar a cabo procedimientos que constituyan una violación de cualquiera de los derechos consagrados en la Convención, al menos, sin el debido proceso. Todos los Estados parte de la Convención tienen la obligación de asegurarse de que la acción del Estado y la organización de su estructura interna y sistema jurídico se realicen dentro de ciertos límites de legalidad".

"Por lo tanto, la Comisión concluye que cuando las autoridades del Estado argentino requirieron que la Sra. X y su hija se sometieran a inspecciones vaginales cada vez que deseaban tener un contacto personal con el marido de la Sra. X, ejercieron una interferencia indebida en el derecho a la familia de los peticionarios".

"En el caso bajo examen, el Estado argentino propuso y realizó en una persona menor de trece años, que no tenía la capacidad legal para consentir, un procedimiento de posibles consecuencias traumáticas que potencialmente pudo haber violado una serie de derechos consagrados por la Convención, sin observar los requisitos de legalidad, necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, que constituyen algunas de las condiciones necesarias para imponer cualquier restricción a los derechos consagrados en la Convención".

"Además, el Estado no otorgó a Y una protección mínima contra abusos o daño físico; así, podría haber solicitado a las autoridades judiciales pertinentes que decidieran si correspondía el procedimiento y, en caso afirmativo, que fuera realizado por personal médico. La Comisión considera que las medidas descritas por el jefe de la Seguridad Interna (las inspecciones se realizan en presencia de uno o los dos padres de la menor, la revisión es menos rigurosa y procura preservar el sentido de pudor) no constituyen una protección adecuada para la niña".

"105. Por lo tanto, la Comisión concluye que el Estado argentino violó el art. 19 de la Convención".

e) El tema no ha sido ajeno a los tribunales del interior del país.

La mayoría de las sentencias recuerdan el art. art. 11, 3 párrafo, ley 26.061, que dice "...en toda situación de institucionalización de los padres, los Organismos del Estado deben garantizar a las niñas,

niños y adolescentes el vínculo y el contacto directo y permanente con aquéllos, siempre que no contraríe el interés superior del niño...".

Véanse las siguientes decisiones:

Cámara Civil y Comercial Sala II, Neuquén, 23/07/2019.

Según el tribunal, la sola circunstancia de que el padre se encuentre detenido en una unidad carcelaria cumpliendo una pena de prisión perpetua no es motivo suficiente para impedir el derecho de comunicación cuando no existe ningún elemento del que surja riesgo para la niña o para su interés superior en tener contacto con su papá. Ahora, bien, el régimen debe estar sujeto a condiciones mínimas de desarrollo que garanticen los derechos de la niña, principalmente a su intimidad y seguridad y es por ello que queda a cargo del padre obtener de las autoridades pertinentes el establecimiento de condiciones que garanticen a la niña: (i) no ser sometida a controles por parte de terceras personas que vulneren su intimidad; (ii) el contacto debe ser llevado a cabo en un lugar físico distinto del destinado para las visitas de los internos, o en día y horario diferentes; (iii) la niña no puede ser movida por el padre del lugar donde se desarrolla la visita. Logradas estas condiciones, se entiende adecuado fijar una visita por mes, debiendo ser la niña llevada por su mamá o su abuela paterna el día y en el horario que establezcan las autoridades carcelarias (29).

Juzgado de Familia n° 3, Mar del Plata, 15/08/2017.

La madre cumple condena en la Unidad Penal Nro. 50 de Batán. Conforme un informe incorporado a la causa, "...si bien se encuentra en un lugar de encierro, reuniría las condiciones necesarias para propiciar el vínculo entre las mujeres privadas de libertad y sus hijos; con equipamiento que contribuiría a disminuir el impacto de encarcelamiento...".

El tribunal entendió que no existen justos motivos que avalen las críticas sostenidas por el Asesor de menores (el ámbito es inadecuado para llevar a cabo el régimen de comunicación), "pues la incomodidad que se presente durante la visitas con motivo del registro y demás restricciones propias de las condiciones del ámbito carcelario debe ser apreciada con criterio riguroso por las graves secuelas que la negativa al régimen comunicacional podría generar en la preservación de los vínculos entre el niño con la progenitora, máxime cuando una estadía de pocas horas y cada quince días en el lugar de detención no tiene por qué ocasionar un perjuicio grave en la psiquis del niño". Aclaró que la solución dada no descarta otras alternativas propuestas, como gestionar salidas transitorias de la madre, etc. (30).

Por supuesto, entre esas posibilidades está la prisión domiciliaria. La temática excede los fines de este trabajo; basta recordar, como señalan cientos de decisiones, que "en el análisis sobre la procedencia del arresto domiciliario no pueden quedar invisibles las afectaciones a los derechos humanos que sufren las mujeres encarceladas, sino que corresponde amalgamarlo con el imperativo convencional de priorizar el interés superior de la niñez en todas las decisiones que los involucren. No puede pasar por inadvertida la peregrinación de la niña por distintos hogares y cuidadores, siendo evidente,

(29) CCiv. y Com. Sala II, Neuquén, 23/07/2019.

(30) CCiv. y Com., Mar del Plata, 15/08/2017.

entonces, que la pena impuesta a su madre ha trascendido en ella” (31).

XIII. El derecho a la comunicación y la perspectiva de género

En alguna ocasión se ha señalado que el incumplimiento de la comunicación por parte del progenitor no conviviente genera una situación de absoluto desequilibrio en la vida de la madre: “La progenitora requiere insistentemente la ejecución del régimen de comunicación acordado, no solo por beneficio del niño y del mantenimiento del vínculo entre ellos, sino también porque se ve en la necesidad de contar con ayuda en el cuidado de aquel, para así disponer de tiempo propio para el desenvolvimiento de sus actividades laborales”. “El incumplimiento reiterado y constante del progenitor limita el desarrollo personal e intelectual de la progenitora, ser autosuficiente, alcanzar las metas propuestas, lo que significa la consiguiente pérdida de autonomía y sobrecarga en las tareas diarias con relación al niño, así como también económica, no solo por ver disminuida su capacidad de producir ingresos, sino también por el mayor gasto que significa contratar a una niñera, generando un menoscabo en su patrimonio. Como se ha resaltado, el sistema patriarcal naturaliza la visión de la mujer como proveedora de cuidado. (...)”. Por eso, habiéndose configurado el incumplimiento, hizo efectivo el apercibimiento y ordenó pagar la multa en favor de la progenitora por cada mes que no cumpla con lo acordado —régimen comunicacional— un monto equivalente al 50 % del salario correspondiente para el personal de casas particulares al cuidado de personas del mes de febrero (32).

XIV. El derecho humano a la comunicación favorecido por los recursos que brinda la informática

Desde siempre, la comunicación se ha ejercido por medios distintos al contacto personal: conversaciones telefónicas, mantenimiento de comunicación postal, envío de casetes, videocasetes, etc. Pero hoy, gracias al avance tecnológico, puede decirse que las distancias no existen. Sin desconocer que los medios informáticos pueden ser instrumentos de violencia y, consecuentemente, resultan altamente peligrosos para la vida íntima y familiar, en la mayoría de los casos son un medio extraordinario para mantener comunicación entre padres e hijos y brindan un apoyo incomparable cuando las distancias geográficas y psicológicas impiden un contacto físico (33).

Por supuesto que, para cumplir esta función, los medios deben ser utilizados razonablemente: “una actitud invasiva, a través de innumerables llamadas o mensajes del progenitor no conviviente cuando el niño está con el otro progenitor, interfiriendo así este vínculo, puede resultar abusiva y contraria a la finalidad de la responsabilidad parental” (34).

Además, estos medios tienen la ventaja de disminuir riesgos físicos. Así, por ej., se confirmó el pro-

nunciamento que estableció “cauteladamente y con carácter provisorio por el plazo de tres meses un régimen de comunicación virtual, mediante el cual el progenitor —privado de su libertad por el delito de lesiones en el marco de violencia de género contra su expareja— se contacte por video llamadas de WhatsApp o cualquier otro medio digital que permita el contacto con su hija, una vez a la semana, durante aproximadamente treinta minutos en el horario de la tarde, acompañado en el desarrollo de los encuentros por personal del área psicosocial a fin de facilitar la comunicación entre los adultos y preservar a la niña. Ello, dado que los agravios invocados por la madre con base en el peligro al que se expondría a su hija dada la índole de los delitos vinculados con violencia de género no encuentran respaldo en ningún informe especializado que hubiera demostrado alguna situación de riesgo en que se pudiera encontrar la menor al retomar contacto virtual con su padre controlado por terceros. En este sentido, resulta de aplicación el principio rector relativo a la protección del superior interés de la niña, como así también se tiene presente que el contacto fluido entre los menores de edad y su padre se presume beneficioso y es, ante todo, un derecho de los primeros que tiene raigambre convencional-constitucional (art. 9.3, Convención sobre los Derechos del Niño), a lo que se agrega que el alojamiento carcelario del progenitor no puede ser causa —única— de que no se cumpla con el régimen de comunicación paterno-filial” (35).

En el mismo sentido, se consideró conveniente establecer un régimen de comunicación virtual entre una niña (12 años) y su progenitora a través de videollamadas, dos veces por semana (como así también los días feriados, cumpleaños y todo acontecimiento que involucre a la madre) y cuya duración estará sujeta a la voluntad de la persona menor de edad. Se dispuso que las videollamadas “sean grabadas, a los fines de contar con elementos suficientes y/o necesarios para evaluar los avances de la vinculación y evaluar en la oportunidad correspondiente la posibilidad de autorizar la vinculación presencial en la casa materna. Ello, dada la alta conflictividad y complejidad del caso que han afectado a la niña, de lo que dan cuenta no solo sus propias manifestaciones, sino también los informes realizados por profesionales de la salud, lo que lleva a poner en preeminencia el interés superior de la menor”, para concluir que “la justicia no puede obligar un régimen de comunicación si va en detrimento de la salud en el sentido integral” (36).

Un caso con perfiles diferentes fue decidido en Rosario. A pedido de la progenitora, se hizo lugar al régimen de comunicación del niño con el padre, encuadrando la presentación como medida autosatisfactiva y despacho in *extremis*, dado que el padre se encuentra en la ciudad por un escaso período de tiempo; en consecuencia, se impuso al padre que vive en el exterior la obligación de suministrar a su hijo una computadora con cámara web y tecnología suficiente para permitir que tome contacto en forma

provisional vía Internet, a través del servicio del chat, bajo apercibimiento de ordenarse la retención en sus ingresos a tal fin, intimándolo a denunciar su domicilio real, pues “se verifica la necesidad de quien solicita la medida y la posibilidad económica del demandado de suministrar los elementos requeridos”. Además, de la prueba rendida se desprende la obstaculización e impedimento de contacto adecuado entre el progenitor y su hijo por la conducta paterna, al mudarse al continente europeo sin suministrar un domicilio, ni teléfono, sumado a su trabajo como embarcado que torna más difícil el contacto, hechos que configuran una violencia psíquica e importa desconocer el mejor interés del menor contemplado en la Convención sobre los Derechos del Niño” (37).

XV. El derecho humano a la comunicación y el derecho a la tutela judicial efectiva

XV.1. Preliminares

Con frecuencia se afirma que, por su contenido, el derecho a la comunicación no es susceptible de ejercicio compulsivo directo. En efecto, a diferencia del derecho a percibir alimentos, que admite medidas que llevan a obtener, aunque sea de modo indirecto, la prestación de contenido patrimonial debida (por ej., un embargo), la sentencia que declara el derecho de comunicación es de difícil cumplimiento directo, pues exige un mínimo de voluntariedad por parte de los sujetos involucrados.

No obstante, esto no significa que no sea ejecutable ni, mucho menos, que no rija el principio constitucional de la tutela judicial efectiva. En este sentido, el art. 557 del Cód. Civ. y Com. dispone:

“Medidas para asegurar el cumplimiento. El juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado del régimen de comunicación establecido por sentencia o convenio homologado medidas razonables para asegurar su eficacia”.

La norma tiene base convencional; en efecto, la Convención internacional de los derechos del niño afirma: “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” (art. 9.3); “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 Parte en virtud del párr. 1 del art. 9, los Estados Parte respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país”.

XV.2. Fórmulas frecuentes en las sentencias

Aunque muy excepcionalmente, los NNA desean aumentar la comunicación convenida por los padres

(31) TS Córdoba, 11/11/2022, TR LALEY AR/JUR/185153/2022. La prisión domiciliaria implica que el progenitor pueda llegar a realizar tareas cotidianas de importancia para el niño si es autorizado judicialmente, como es, por ej., llevarlo al colegio (ver CNCrim. y Correcc., Sala I, 12/04/2024).

(32) JCiv., Com., Conc. y Familia, Río Tercero, 28/02/2023, “D. M. D. O., M. A. s/ Homologación”, TR LALEY AR/JUR/37456/2023.

(33) VANINETTI, Hugo, “Régimen de comunicación entre hijos y progenitores no convivientes. Medios virtuales. El rol del Juez de Familia”, en DFyP 2017 (julio), 12/07/2017, 41 TR LALEY AR/DOC/1210/2017.

(34) PELLEGRINI, María Victoria, “Comentario artículo 650”, en HEREDIA, Pablo - CALVO COSTA, Carlos (directores), “Código Civil y Comercial comentado y Anotado”, La Ley, Buenos Aires, 2022, T. III,

p. 414.

(35) CNCiv., Sala H, 02/12/2021; TR LALEY AR/JUR/213899/2021.

(36) CCiv. y Com., Sala III, Corrientes, 22/12/2021; TR LALEY AR/JUR/218216/2021.

(37) TColeg. Familia Nº 5, Rosario, “F. S. c. C. E. s/ régimen de comunicación”, 30/12/2008, TR LALEY AR/JUR/21468/2008.

u ordenada por los jueces. Esta voluntad ha sido tenida en cuenta por un tribunal para aumentar las frecuencias. Así se ha decidido que, “si bien el cambio de cuidado personal unilateral solicitado por el progenitor no es procedente, resulta conveniente poner en claro que, más allá de la denominación que tenía asignada originalmente en el acuerdo homologado por las partes, el sistema de cuidado existente de los menores es el de cuidado compartido indistinto, que es plenamente compatible con un régimen de comunicación a favor del padre que tenga asignado un cuidado secundario o discontinuo. Y en este punto debe considerarse el especial pedido de la hija común adolescente sobre la ampliación y mayor flexibilidad que auténticamente expresó desea para la comunicación con su padre y el hermano que vive con él, opinión que debe ser valorada; por lo que se emplaza a los progenitores a que elaboren un nuevo régimen de comunicación y de mayor frecuencia entre ella y su padre y que contemple la intensificación de contacto entre los hermanos” (38).

Pero estas no son las situaciones que llegan frecuentemente a los tribunales. Por el contrario, no obstante, la fuerte base normativa en que se apoya el derecho a la comunicación, las sentencias contienen frases que se han convertido en verdaderas “fórmulas”, como estas: “se verifica la existencia de un hondo conflicto entre las partes que altera la función parental; ambos padres niegan la legitimidad de la función parental del otro. Se observa violencia que obstaculiza el desempeño del rol de cada padre, instalando una pelea de poder y exclusividad que priva a los menores de la presencia de figuras parentales capaces de actuar como sostén, identificación y contención. Los adultos no muestran conciencia, ni registro del lugar complementario de cada progenitor para organizar los vínculos ante la situación de divorcio y para responder a las necesidades de los hijos, siendo estos quienes plantean con angustia el deseo del ver a la madre con la cual tienen un vínculo de afecto y compromiso”. “Ante tal cuadro de situación se concluye que es necesario e importante que los padres dejen de lado sus conflictos de intereses personales, a fin de abocarse a mejorar, instalar y construir vínculos parentales sanos acordes a la necesidad de cada menor, a fin de lograr establecer una distribución de responsabilidades que beneficie a los menores”. “La conducta asumida por las partes a lo largo del proceso y del trámite de las causas conexas da cuenta que lejos de privilegiar el mayor beneficio para su hijo menor, se hallan sumidos en una tensa contienda judicial que pareciera estar signada por la descalificación mutua, siendo un claro ejemplo que el retiro y reintegro del menor sea en la puerta de una dependencia policial”. “Llama la atención que los adultos no puedan comportarse como tales en esos precisos momentos que han generado rispideces derivadas en conflictos”. “Por más que se trabaje en los distintos espacios en forma reiterada, los aspectos que tienen que ver con la desconfianza de uno hacia el otro, la necesidad de poner en evidencia cuando el otro no hace lo esperado, las acusaciones cruzadas en cuanto a quién le hace bien o mal a su hijo con su accionar y la insistencia de convocar a un tercero que establezca quién tiene la razón, son aspectos inmovibles a pesar de

todo lo trabajado, que obturan/anulan la posibilidad de construir algo nuevo”. “De las presentaciones de los expedientes se extrae que los progenitores aún mantienen un alto grado de conflictividad que impide cualquier decisión que deban tomar sobre su hijo; que no han sido capaces de encontrar un canal formal, mínimo y preventivo de diálogo —ni siquiera a través de los letrados— sin necesidad de comprometer a otros familiares. El niño debe tener la tranquilidad de saber o presumir que, pese a todo lo vivido, ahora sus padres pueden hablar y decidir lo mejor sobre él, y no que se genera un conflicto permanente entre progenitores cada vez que pide algo o debe resolverse algo que lo involucra”, etc.

En numerosas ocasiones, esos párrafos van seguidos de la obligatoriedad de someterse a tratamientos psicológicos: “El contexto familiar actual del niño parece ser altamente esquizofrénico debido a los vínculos narcisistas en los que prevalece la pérdida de la diferenciación psicológica entre los miembros de la familia, la confusión de roles y, por tanto, la ruptura de los lazos intergeneracionales. (...) Los padres han sido controlados durante años por los servicios sociales y no parece que se haya producido ningún cambio. Por el contrario, la evolución del niño parece estar orientada hacia el desarrollo psicopatológico. En este contexto, se vuelve esencial proteger al niño de un entorno familiar nocivo [en el que no se tienen en cuenta su bienestar y sus necesidades. El tratamiento intensivo de psicoterapia es inevitablemente necesario para proteger al niño]. “Que hasta tanto ambos progenitores puedan establecer por sí una nueva organización familiar y, por sobre todo, una sana vinculación entre sí y con el adolescente, resulta necesario el auxilio de la Justicia que evidentemente ha de trabajar sobre el conflicto familiar en forma interdisciplinaria (art. 706 inc. b del Cód. Civ. y Com.), no solo con el objeto de dirimir o resolver conflictos, sino también como una Justicia de acompañamiento, persiguiendo la intensa búsqueda de la efectividad en sus resultados”.

A veces quedan en simples exhortaciones: “Se exhorta a las partes a dejar a un lado la conflictiva adulta existente y a reforzar el diálogo, sea entre los progenitores y/o entre los profesionales intervinientes, con el fin de coordinar todo lo relativo a las cuestiones que atañen a la niña, con el fin de garantizar la debida comunicación con su progenitor e intentar en lo sucesivo y siempre que no medie urgencia, organizar las restantes actividades (recreativas, de salud, etc.) en días y horarios que no interfieran con el derecho de comunicación paterno-filial; y en su caso, poner en conocimiento a la contraria con la antelación suficiente las circunstancias que se susciten, a fin de reprogramar el día y horario que se viese interrumpido”.

En ocasiones las recomendaciones van dirigidas a los letrados: “Se invita a los letrados intervinientes, tal como dispone el art. 13 del Código de Ética a que favorezcan las posibilidades de avenimiento y conciliación o de una justa transacción, siendo tal deber más imperioso en los conflictos de familia, en los cuales la intervención del abogado debe inspirarse en el propósito de allanar o suavizar las diferencias.

En esta misma línea es esperable que se abstengan de estimular las pasiones de sus clientes y aun más de compartirlas (art. 13. III del Cód. citado)”.

XV.3. Derecho de defensa

La tutela judicial efectiva presupone la posibilidad de ejercer el derecho de defensa. Con este fundamento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar al recurso extraordinario interpuesto por la defensora pública y revocó las medidas de revinculación ordenadas por la Cámara de Apelaciones. Sostuvo que “frente a los términos del fallo de primera instancia y a los agravios expresados en la apelación, la Cámara carecía de facultades para expedirse sobre una cuestión que no le fue propuesta en forma expresa ni implícita por lo que corresponde la descalificación del fallo como acto jurisdiccional válido” (39). En el caso, en el marco de un juicio de aumento de cuota alimentaria, la Cámara ordenó la implementación con carácter cautelar de medidas concretas de revinculación a cargo de una entidad privada, con obligación de presentar ante el juez de grado un informe de la evolución de la terapia de reorganización familiar dentro de los 45 días de iniciado el proceso y de prever multas para el caso de incumplimiento de los deberes a cargo de las partes. El tribunal de apelaciones había fundado esta decisión tomada de oficio en que “se advertía la existencia de un grave conflictivo familiar que subyacía al objeto específico por el cual el expediente fue elevado y que los jueces no pueden cerrar los ojos ante la realidad cuando se les exhibe una afectación significativa de los derechos de los niños o adolescentes”.

XV.4. Algunas sanciones. Astreintes

En ocasiones, ante progenitores que obstaculizan el cumplimiento de las decisiones judiciales, los jueces recurren a sanciones tradicionales. Así, por ej., el Juzgado de Familia n° 3 de Corrientes (40) hizo “saber a la progenitora —en su carácter de cotitular de la responsabilidad parental ejercida juntamente con el progenitor— que deberá abstenerse de obstruir la vinculación del padre con el niño, haciendo extensiva la recomendación a aquellos familiares, y/o allegados y/o terceros que se encuentren en la vivienda del niño, bajo apercibimiento de imponer astreintes por día de incumplimiento”. En algún caso se ha discutido si pueden ser impuestas de oficio. Así, la mayoría de la Cámara de Mar del Plata (41) confirmó las astreintes dispuestas de oficio; sostuvo que la decisión resultaba razonable atentos los distintos expedientes y los informes agregados, de los que se desprendía la alta conflictividad entre los padres y la conducta obstruccionista y no colaboradora de la madre, que se evidenciaba, inclusive al apelar la sentencia que disponía el contacto. La minoría interpretó (erróneamente en mi criterio), que debido al principio dispositivo que rige en los procesos de familia, debían dejarse sin efecto las astreintes dispuestas, sin perjuicio de que sean solicitadas por parte interesada.

XVI. Eficacia de las decisiones sobre Derecho de comunicación y autonomía progresiva de los NNA

XVI.1. Preliminares

La autonomía progresiva puede ser un elemento que debilita la eficacia de las decisiones, si el NNA se opone a la comunicación. En los últimos tiempos es frecuente que los tribunales rechacen el pedido del progenitor con base en el respeto a esa voluntad (42).

(38) CCiv. y Com., Sala I, Gualeguaychú, 22/05/2019.

(39) CS, 13/09/2016, TR LALEY AR/JUR/60550/2016.

(40) JFamilia N° 3, Corrientes, 1/09/2015 “G. J. M. c. S. S. A. s/ Régimen comunicacional”, Expte. N°113799/15, TR LALEY AR/JUR/29434/2015.

(41) CFed. La Plata, 27/06/2023, “M. P. N. c. T. C. J., derecho de comunicación”.

(42) Ver, entre otros autores, FERNÁNDEZ, Silvia Eugenia, “La voz del hijo en los procesos de comunicación parental y su imprescindible consideración para definir el contenido del interés superior

Véanse las siguientes decisiones:

— Corresponde suspender provisoriamente el tratamiento de revinculación con base en la opinión del adolescente, el principio de su autonomía progresiva consagrado en el art. 707, Cód. Civ. y Com., y lo informado por dos psicólogas que han intervenido en el caso (43).

— Se revoca la decisión que dispuso comenzar un proceso de revinculación de la adolescente con su madre, dado que, autónomamente, la hija se niega a tener vinculación (44).

— Se deja sin efecto la medida autosatisfactiva peticionada por el padre para restablecer comunicación con el hijo de quince años, acompañada de terapia familiar, porque, “a la luz del derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta y al reconocimiento de su capacidad progresiva, su negativa autónoma y autosuficiente manifestada en audiencia por ante esta Corte debe ser respetada y aceptada por los tribunales a la hora de resolver acerca de su futuro, ya que lo contrario implicaría vulnerar la protección de su interés superior. No es lo mismo la opinión de un adolescente de quince años que la de un niño de escasa edad. Pertenecer a la categoría jurídica de adolescentes permite presumir que ha alcanzado una cierta madurez para tomar decisiones, ejercer determinados actos y comprender el sentido de la intervención. En este nuevo diseño cobra relevancia el concepto de competencia, que depende de la edad, pero muy especialmente de la madurez, el entendimiento, las condiciones de su desarrollo, el medio socioeconómico y cultural, el conflicto específico de que se trate” (45).

— Se confirma la sentencia que, luego de haber escuchado al niño de once años en audiencia privada y confidencial suspendió el régimen comunicacional entre él y su progenitor. “No resulta atendible el agravio del apelante en orden a que la sentencia así dictada no le permite conocer cuáles son los fundamentos que la sustentan, atento a que lo manifestado por el niño se evalúa como operación confidencial. La decisión de suspender el régimen comunicacional de modo provisorio es congruente con los términos del acta labrada en ocasión de la escucha del niño (que no es confidencial para esta alzada), por lo que no merece reparos. La resolución fue adoptada teniendo en cuenta las inquietudes y deseos expresados por el niño de casi 11 años en pleno ejercicio de su capacidad progresiva para el ejercicio de sus derechos personales fundamentales, que deben ser respetados y resguardados a fin de garantizar el irrestricto ejercicio de sus derechos y su interés superior” (46).

— Se declara inconveniente la revinculación pedida ante la negativa de los jóvenes, que cuentan actualmente con 17 y 14 años. Ello es así, sin perjuicio de que la situación fáctica pueda modificarse, a cuyo fin la madre deberá iniciar y/o continuar con

un tratamiento psicológico individual que propenda el reinicio de un vínculo saludable con sus hijos, focalizando principalmente en las necesidades reales de estos. Asimismo es correcta la decisión de otorgar la guarda de los jóvenes a sus tíos hasta tanto medie decisión judicial en contrario, pues ello redundaría en su mejor interés, al brindarles estabilidad y la contención necesaria para el desarrollo de una personalidad saludable, así como el impedimento de someterlos a una nueva situación de vulnerabilidad (47).

— Corresponde desestimar el régimen de comunicación solicitado por el padre con relación a su hija —de 17 años— toda vez que, “lamentablemente, la adolescente persiste en su negativa a relacionarse y a mantener un contacto con su padre. La resistencia, que no es sino la reiteración de una conducta que data de hace ya varios años, no solo se tradujo en lo que ella expresó en sede judicial en el sentido de que no desea retomar ningún contacto con su padre, sino también en su negativa a colaborar en la realización de la prueba pericial psicológica ofrecida por su propia madre. No se trata de desconocer la importancia que conlleva un adecuado régimen de comunicación paterno-filial, pero forzar la vinculación de la adolescente con su padre, pese a la inequívoca y reiterada negativa a que se ha hecho referencia, podría implicar, en lo inmediato, un perjuicio mayor para su salud psíquica que el que se intenta evitar manteniendo el *statu quo* actual. Además, dado que cualquier decisión que pueda adoptarse no podría proyectar sus efectos más allá de la fecha en que la hija cumplirá 18 años, se concluye en la conveniencia de mantener la solución de primera instancia, dejando en manos de la adolescente la decisión sobre el modo en que desarrollará la relación con su padre. El sentido de esta decisión es el que mejor atiende el superior interés de la citada adolescente —y que debe prevalecer aun por sobre el derecho de comunicación que asiste a su progenitor— cuya madurez, dada su edad, descarta cualquier influencia negativa de su madre en la toma de decisiones sobre su relación con el apelante” (48).

— “En la audiencia la adolescente de catorce años se mostró madura, con desempeño resuelto y plena conciencia de la trascendencia de la diligencia que se prestaba a realizar; se expresó con firmeza al relatar las experiencias vividas en torno a la problemática traída al proceso y explicó claramente los motivos que la llevaban a resistir que se le imponga la obligación de iniciar una relación con su padre; fue enfática en exponer que nunca tuvo un vínculo con él y que es su voluntad no tenerlo ahora. Esa impresión tomada de modo directo me lleva a no compartir la decisión del magistrado de la instancia anterior en cuanto a que forzar la comunicación de I. M. con su padre, en las circunstancias actuales, implicaría desatender su mejor interés. Esa voluntad expresada libremente y sin condicionamientos debe ser respetada por sus padres y por el Estado en tanto proviene de una persona menor, de catorce años, que exhibe un desarrollo madurativo suficiente para decidir sobre sí misma

y sobre este aspecto de su vida. Máxime cuando su decisión de no querer relacionarse con su padre no aparece como intempestiva, ya que ha sido sostenida a lo largo de todo el proceso y encuentra sustento en vivencias de recurrente conflictividad. La conclusión que antecede no importa soslayar la trascendencia que tienen los vínculos afectivos que generan los denominados “lazos de sangre”; empero la deseable reversión del estado de situación actual no se va a lograr con mandatos voluntaristas que, aunque bien intencionados, no son una opción cuando importa avanzar por sobre la determinación asumida por una persona que cuenta con la madurez suficiente para decidir” (49).

— Un juez de primera instancia concedió en forma cautelar y por el plazo de tres meses, la guarda de los niños a sus tíos paternos. Posteriormente, desestimó el pedido de la progenitora de los menores de revincularse con ellos, por entender que, en ese momento, no se encontraban dadas las condiciones para acceder a lo solicitado. La madre apeló; sostenía que los guardadores no prestan a los niños el cuidado necesario y no los protegían, incumpliendo con las obligaciones a su cargo. Por el contrario, en el expediente se incorporó prueba pericial según la cual el grupo conviviente atravesaba un buen momento, a pesar de la pandemia; agregó que no existía ninguna situación de negligencia ni descuido por parte de los guardadores y que “ante el pedido de actualización del informe, se la escucha a la hija angustiada y con miedo a perder la estabilidad emocional que ha logrado junto con su hermano. No presentan dificultades en su escolaridad ni con los vínculos con amigos”. En suma “la guarda de sus tíos A. y E. les ha permitido desarrollar de manera saludable su niñez, atendiendo a las necesidades educativas, recreativas y afectivas de ambos”. Posteriormente, en el marco del proceso sobre control de legalidad, la magistrada actuante, desestimó idéntico pedido de la progenitora, que no fue cuestionado por esta, ni aportó elementos diferentes a los tenidos en cuenta. El tribunal de apelaciones confirmó la decisión que negó derecho de comunicación a la madre, con la siguiente línea argumental: los tíos paternos están al cuidado de los jóvenes desde septiembre de 2017; la Sala no desconoce el derecho y el deber de los progenitores de mantener contacto con sus hijos y la importancia que para aquéllos reviste tal contacto; no obstante, la situación de hecho imperante y la problemática familiar vinculada al maltrato, obligan a tomar medidas como la adoptada en la instancia de grado, a fin de resguardar el mejor interés de E y M, quienes férreamente sostienen la negativa a contactarse con su madre; “no es la decisión judicial la que aleja la posibilidad de comunicación, sino la falta de compromiso de la Sra. S de accionar positivamente para que ello ocurra. La sola mención o deseo de revincularse con sus hijos, a quienes no ve desde hace cuatro años, no es suficiente, en este momento, para acceder a lo peticionado; no resulta aconsejable disponer la revinculación pedida ante la negativa de los jóvenes, que cuentan actualmente

del niño”, RCCyC 2015 (octubre), 19/10/2015, 125, TR LALEY AR/DOC/3412/2015. La nota comenta una decisión de la CApel. de Trelew, Sala A, 21/08/2015. TR LALEY AR/JUR/27891/2015, RCCyC año I, n° 4, octubre 2015, p. 131, LLPatagonia. 2015 (diciembre), 1337, y DJ 11/05/2016, 13.

(43) JFamilia N° 2, La Plata, Buenos Aires; 16/03/2020.

(44) CApel. Trelew, Sala A, 21/08/2015. TR LALEY AR/JUR/27891/2015, RCCyC año I, n° 4, octubre 2015, p. 131, JA, boletín del 25/11/2015, p. 48, correspondiente al tomo JA, 2015-IV., con

nota de BERNASCONI, Ana María, “La protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes”.

(45) SC Mendoza, 16/08/2016, TR LALEY AR/JUR/82007/2016 y en RDF, 2017-II-103, con nota de MOON, Mónica, “El amor, valor fundante de la familia”; ED, 265-51.

(46) CFamilia 2ª Nom., Córdoba, 28/03/2022, TR LALEY AR/JUR/78280/2022.

(47) CNCiv., Sala L, 19/11/2021, publicado el 17/01/2022, RDF, 2022-III, 52, con nota de DUPRAT Carolina P., “Prórroga del plazo de

guarda judicial y régimen de comunicación con la progenitora”, TR LALEY AR/JUR/182966/2021.

(48) CNCiv., Sala I, 23/02/2016, “P. B., R. A. vs. D., C. M. s/ régimen de visitas”.

(49) TFamilia N° 2, Concepción del Uruguay, “B. M. A. c. B. P. s/ responsabilidad parental”, 22/09/2021, ElDial. Voto de la minoría. La mayoría confirmó la decisión de primera instancia que había ordenado la revinculación, previo tratamiento psicológico.

con 17 y 14 años de edad, sin perjuicio de que, como bien lo señaló la anterior juzgadora, la situación fáctica pueda modificarse, a cuyo fin la Sra. S deberá iniciar y/o continuar con un tratamiento psicológico individual que propenda el reinicio de un vínculo saludable con sus hijos, focalizando principalmente en las necesidades reales de ellos” (50).

XVI.2. Los tiempos del proceso y la autonomía progresiva

Un presupuesto de la autonomía progresiva es, precisamente, que la madurez que le da base se va adquiriendo con el transcurso del tiempo y los conocimientos y experiencias adquiridos. La lentitud del proceso puede implicar que la situación que enfrentó el juez de primera instancia haya cambiado cuando la causa llega a los tribunales superiores. Por eso, el superior no siempre revoca la decisión porque haya sido errónea en su momento, sino porque tiempo después no se puede sostener.

Probablemente el paradigma de lo expuesto se expresa en la sentencia de la Corte Suprema de noviembre de 2023 (51) fundada, casi con exclusividad en el factor eficacia en el tiempo; ante las quejas presentadas por el progenitor en representación de sus dos hijas menores de edad y por la hija que alcanzó la mayoría de edad durante el proceso, declaró formalmente procedentes los recursos extraordinarios interpuestos y revocó la sentencia apelada. Véase: El juez de primera instancia, en un proceso iniciado por el padre en representación de sus hijas de 14, 12 y 10 años, dispuso medidas de protección de las niñas, cuidado provisorio a cargo del progenitor, restricción de acercamiento de la madre al hogar conyugal, a los lugares de trabajo, estudio y esparcimiento del padre y de las hijas; concretamente, en lo que a este trabajo interesa, prohibió a la madre ejercer cualquier acto de comunicación en relación con las niñas. La Cámara, en cambio, dictó medidas tendientes a llevar a cabo la revinculación de las hijas con su madre y dispuso: (i) exhortar a los progenitores a que acrediten un tratamiento individual de cualquier índole —psicológico, psiquiátrico— que se encuentren realizando en forma privada, como también el de sus hijas, debiendo adjuntar los informes pertinentes con diagnósticos, evolución y pronósticos; (ii) intimar al padre a que acredite la concurrencia de la hija M. al establecimiento escolar o, en su defecto, las razones de su falta de escolarización documentadas y rubricadas por el profesional que la asista; (iii) restablecer el teléfono celular que tenían las niñas, debiendo denunciar el padre el número particular de cada una de ellas a los fines de que pudieran —cuando lo desearan— entablar comunicación por ese medio con su abuela materna; (iv) frente a los planteos y cuestiones suscitadas con relación al Equipo Técnico interviniente, disponer la participación del Equipo Técnico del Juzgado que en orden de turno corresponda a fin de realizar una evaluación de interacción familiar (psicológica y psiquiátrica) del grupo familiar y particular de cada miembro, más un informe de un Trabajador Social en el domicilio de las niñas, de su madre y de su abuela materna; ese equipo y/o el juzgado debía comunicar a las niñas con lenguaje claro y acorde a su edad la posibilidad de acercamiento —por el momento telefónico— con

su abuela y su madre, los tratamientos indicados, la revinculación dispuesta y todo lo necesario para dar claridad y tranquilidad a aquellas; (v) concretar —en el corto plazo— al menos dos encuentros con su progenitora y anotarlas respecto de la comunicación telefónica entre ellas; (vii) ordenar que todo el grupo familiar inicie de inmediato un tratamiento de reorganización familiar en el Hospital que individualizó no admitiéndose condicionamiento alguno, además de considerarse la inasistencia del grupo familiar a las citaciones pertinentes falta grave o presunción de falta de colaboración y antecedente negativo.

La decisión fue recurrida por el padre y las hijas. La Corte Suprema, siguiendo el criterio de la Procuración, abrió el recurso; entendió que lo decidido tenía efectos análogos a los de una sentencia definitiva (mantener la decisión importaría atender menguadamente al derecho de las niñas a ser oídas y podría traer aparejado un gravamen de dificultosa o imposible reparación ulterior, dada su crucial incidencia en la vida presente y futura de las niñas involucradas en un conflicto parental de larga data e incluso hasta agudizar una situación materno-filial que lucía y continúa seriamente complicada); revocó la decisión y, a tal efecto, recordó los fundamentos expresados en un caso análogo: (A) el interés superior del niño reflejado en su derecho a ser oído y en que su opinión sea tenida en cuenta; (B) una situación familiar sumamente conflictiva manifestada en los distintos informes elaborados por especialistas traducían las consecuencias gravosas o frustratorias de sus derechos derivadas de la imposición de una revinculación materno-filial rechazada persistentemente por los NNA; (C) la obligación de los magistrados de ponderar el contexto actual a la hora de decidir los asuntos sometidos a su conocimiento, lo que supone la necesidad de indagar sobre un modo diferente de vinculación materno-filial del que se ha intentado hasta el presente sin resultados favorables para ninguna de las partes; (D) Mantener la decisión es insistir con la implementación de una metodología propia de la etapa previa (entrevista de las niñas con el equipo interdisciplinario para comunicar la decisión de la Cámara y, posteriormente, dar comienzo al proceso de revinculación) y está destinado al fracaso. En efecto, pese al tiempo transcurrido, debido a la persistente negativa de las niñas a relacionarse con su progenitora aún no se ha logrado concretar y, por el contrario, termina contribuyendo a reforzar una férrea oposición que se revela en las distintas respuestas —escritas y/o plasmadas en las ausencias a las citas establecidas— a los intentos de lograr un ambiente propicio para culminar en la revinculación ordenada; (E) A la hora de definir una controversia, los jueces no deben omitir atender a las consecuencias que se derivan de ellas a fin de evitar que, so pena de un apego excesivo a las normas, se termine incurriendo en mayores daños que aquellos que se procuran evitar, minimizar o reparar (confr. doctrina Fallos: 326:3593; 328:4818 y 331:1262), conclusiones que adquieren ribetes especiales cuando se trata de NNA; (F) “En la apreciación de las diferentes variables que contribuyen a conformar el concepto de ‘interés superior del niño’, la opinión del NNA constituye un parámetro que en determinados asuntos adquiere y exige una imperiosa ponderación atendiendo a la edad y madurez de quien la emite, desde que no cabe partir de la premisa

de que aquellos son incapaces de formarse un juicio propio ni de expresar sus propias opiniones; (G) En el caso, “pese a los intentos —múltiples y de diversos órdenes— de todos los operadores judiciales tendientes a lograr el cumplimiento de la manda judicial, la persistente negativa de las aún hoy dos adolescentes a mantener algún vínculo con su progenitora, que se ha mantenido prácticamente inalterada a lo largo de la extensa tramitación del presente proceso cautelar, y más allá de los distintos factores (externos e internos) que pudieron haber incidido en ello —aspecto que no cabe aquí valorar y deberá ser motivo de ponderación en otra oportunidad— exige abandonar la metodología adoptada para alcanzar dicho objetivo y ponderar otras variables posibles para la recomposición del conflicto familiar que permitan desandar el camino recorrido desde otro enfoque”; (H) La dinámica que caracteriza a los procesos de familia exige que las medidas que se adopten en resguardo del interés superior de las niñas involucradas puedan —y deban— ser revisadas cuando la coyuntura y las aristas que existían al momento de su adopción hubieran variado o subsistan en el tiempo sin visos certeros de modificarse. Es obligación del Tribunal dar una solución que se oriente primordialmente a satisfacer sus necesidades del mejor modo posible y que, a partir de la realidad pasada y presente, no desatienda la consideración del futuro cercano, a fin de evitar que en la búsqueda de una alternativa para satisfacer los distintos intereses en juego y armonizar los derechos —legítimos— de todos los involucrados, se profundice aún más el conflicto familiar en grado tal que pueda llegarse a una vía de no retorno saludable para ninguno de los interesados; (I) al margen de un deseo inicial de algunas de las niñas de no perder contacto con su madre que fue disipándose con el tiempo, la lectura de las actuaciones principales permite advertir que, a pesar de las sostenidas manifestaciones de voluntad y de los continuos reclamos de “no ser escuchadas” y de percibir el proceso como una “tortura”, se ha recurrido a diferentes alternativas judiciales para dar comienzo a un proceso de comunicación materno-filial que, lejos de poder concretarse, ha conducido irremediablemente a su fracaso sin que pueda —por el momento y en las condiciones actuales— vislumbrarse un horizonte cercano en el cual pueda plantearse con seriedad un mecanismo y ambiente propicio para tal fin, máxime frente a la edad de aquellas que, de algún modo, condiciona la viabilidad de las medidas que se intentan y han intentado implementar; (J) La cronicidad del conflicto parental en el que han quedado inmersas las niñas y la larga judicialización del proceso en el que se han visto involucradas como consecuencia de aquel, ha alcanzado un punto de inflexión que requiere la adopción de soluciones que no se aferren a metodologías que la realidad ha demostrado que no han dado —ni darán, según dejan traslucir los informes— los resultados esperados; (K) en ese escenario, sin juzgar en concreto sobre la conducta de ambos progenitores, las peculiaridades del caso ratifican la idea de que no cabe propiciar la reedición de abordajes forzados que agraven la situación personal y familiar de sus integrantes; (L) las consideraciones expuestas no importan desconocer el derecho recíproco de comunicación materno-filial, ni el deber del progenitor conviviente de garantizarlo, derechos cuyo resguardo constituye un deber ineludible de los jueces (conf. arts. 652 y 655, inc. d, del Cód. Civ. y Com.), ni tampoco convalidar la conducta del progenitor que, so pretexto de atender a la voluntad de sus hijas, ha mantenido una actitud pasiva y poco colaboradora en el respeto de dichos derechos en contraposición a la

(50) CNCiv., Sala L, 15/12/2020, Cita Online: TR LALEY AR/JUR/65446/2020.

(51) CS; 02/11/2023, publicado el 08/11/2023, ED, Tomo 305,

con comentario de GALLI FIANI, María M., “La voz de la Corte en un caso de revinculación materno-filial”; CS, 02/11/2023, publicado el 08/11/2023.

adoptada por la progenitora; (LL) empero, cuando el devenir de los hechos ha demostrado que tal cometido no puede concretarse en las condiciones y el modo dispuesto por la decisión cuestionada, es también deber de los magistrados avocarse a la búsqueda de una solución que, de algún modo, armonice los derechos de las adolescentes y de su progenitora, y que permita avanzar en la reversión de una situación familiar, orientada en el logro de un acercamiento —aún incipiente— entre aquellas; (M) la decisión que se adopte en el caso exigirá inevitablemente atender a la evolución de los tratamientos psicológicos que deben mantener las hoy adolescentes y los adultos, cuya debida acreditación resulta esencial para el resguardo de su integridad y la recomposición de los lazos familiares, paso imprescindible para arribar posteriormente al establecimiento de una paulatina, adecuada y saludable revinculación, todo ello sujeto a sus necesidades. En ese cometido, adquiere trascendencia lo dictaminado por el referido cuerpo de peritos en punto a que “las adolescentes, requieren de tratamientos en salud mental especializados, con diferentes terapeutas que provengan de sistemas de salud público, despejando cualquier posibilidad de profesionales aportados por las partes y en consecuencia miradas parcializadas de la problemática integral del sistema familiar”, y que “resulta imperiosa la inmediata restitución del vínculo materno-filial en un contexto terapéutico especializado, como lo es el *Equipo de Familia Sistémica* perteneciente al Centro de Salud Mental y Acción Social Nro. 1 del Área Programática del Hospital Pirovano”. Siguiendo los precedentes, la sentencia termina exhortando o aconsejando a los progenitores, como también a los magistrados, “profundizar sus esfuerzos para lograr soluciones respetuosas de los derechos y la condición personal de las hoy adolescentes en plena formación, entre los que se encuentra el de mantener relaciones y contacto directo y permanente con ambos padres, que no cabe admitir que pueda verse lesionado como consecuencia de sus comportamientos. Constituye deber de aquellos extremar las medidas a su alcance tendientes a hacerlo efectivo buscando caminos de entendimiento que prioricen a sus hijas y que —sin interferencias ni creación de situaciones conflictivas— permitan lograr una mayor fluidez comunicacional y de trato”.

Aunque menos contundente que la anterior, también atiende a la autonomía ganada durante el proceso una sentencia dictada por un tribunal mendocino; la de primera instancia hizo lugar a la revinculación del padre con sus dos hijas mellizas nacidas como efecto del abuso sexual ejercido por el padre contra la progenitora. Cuando el expediente llegó a la Cámara, las niñas habían tomado conciencia de los alcances de la situación y manifestaron su negativa a verlo. Consecuentemente y conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema que manda tener en cuenta la situación al momento de la sentencia, se hizo lugar al recurso de apelación deducido por el Ministerio Público. “Si bien la juez no contó con elementos que le indicaran la existencia de las razones suficientes para rechazar el pedido de fijación de régimen de comunicación entre el actor y las niñas, los hechos sobrevinientes a la sentencia de grado y acreditados

fehacientemente durante la tramitación del presente recurso, dejan al descubierto la necesidad de restringir, por lo menos por ahora, el contacto paterno filial en protección de la integridad de las niñas y en respeto por su mejor interés”. “El mejor interés de las mellizas de 12 años es decidir cuándo y cómo quieren contactarse con su padre biológico, siendo necesario que ellas conozcan —en la medida que su madurez se los permita y con el correspondiente acompañamiento terapéutico— la verdad sobre su origen, aunque sea doloroso”.

XVI.3. La autonomía progresiva y la voluntad libre del NNA

La autonomía progresiva presupone que el NNA se expresa sin presiones. Por eso, en algunas situaciones especiales que hacen dudar sobre la existencia de una voluntad libremente asumida algunos jueces hacen prevalecer el derecho de comunicación del progenitor. En tal sentido se afirma que el hecho de que el NNA sea escuchado y su opinión sea tenida en cuenta no significa que se deba decidir en coincidencia con él, pues la intervención no se le confiere como juez o árbitro, sino como sujeto de derecho interesado en participar en procesos judiciales que afectan algún aspecto de su vida. Por eso, el tribunal no debe seguirlo cuando advierte que no actúa como sujeto autónomo. Véase:

— Un informe de una psicóloga relató: “cada vez que se encuentra con la madre, reacciona mediante una crisis nerviosa incontrolable; ni el padre lo puede contener; llora, grita, se tapa la cara, los oídos, patalea. La reacción puede estar cerca de un cuadro de descompensación infantil severa”. “Las verdaderas causas de este extremo no se conocen ni se conocerán nunca. Lo único que podemos aseverar es que el niño casi no ha tenido contacto con la madre y ha sido su padre el encargado principal de modelar hasta ahora lo que aparece como su precaria personalidad. El padre es un progenitor que, ostentando la tenencia absoluta de su hijo, dice que no obstaculiza el vínculo con el otro progenitor; en este caso, la madre; sin embargo, dicho vínculo nunca tuvo lugar, tras los reiterados intentos fallidos de la progenitora. En este movimiento alienante por parte del padre sobre su hijo se advierte una cosificación y una manipulación que, por sí mismos no van a revertir”. Otra psicóloga afirmó que el padre “muestra características de agresividad, cinismo y dificultades en el control de sus impulsos; esto, sumado a sus características egocéntricas, narcisistas, puede llevar a que maneje o manipule situaciones en beneficio de sus propios intereses, sin poder tomar en cuenta las emociones y sentimientos generados en los otros sobre todo en la figura femenina, la cual se encuentra desvalorizada”. De estos informes, el juez dedujo: “A partir de esas apreciaciones efectuadas por la por la psicóloga forense, la expresión de voluntad y de deseo del niño respecto a no ver a su progenitora, sin dar motivos ni expresar razones de tal negativa, deberá estimarse en sentido relativo. Esto es así, porque, si bien el niño tiene una edad que implica cierta madurez, lo cierto es que su personalidad se encuentra en proceso de desarrollo, por lo que aún no es susceptible de com-

prender la real dimensión del conflicto familiar planteado en autos. Más aún, cuando de las propias constancias de la causa surge claramente que la situación de conflictividad que se presentó en la relación de los progenitores repercutió en la relación paternofilial, presentándose como un obstáculo para la sana vinculación entre todos los miembros de esta familia. Todo permite vislumbrar que la expresión de deseos de no ver a su progenitora no es genuina o, al menos, él no está en condiciones de comprender cabalmente las consecuencias futuras de sus deseos. Por el contrario, resulta de la influencia que ejerce su progenitor conviviente, quien por las características propias de su personalidad tiende a manipular los deseos de su hijo” (52).

— Otro caso difícil llegó a una solución similar a la anterior. Con apoyo doctrinal, el tribunal (53) reiteró que “La escucha atenta al niño es obligatoria; pero de ninguna manera hay que decidir conforme a lo que él verbalice, sino a la luz de lo que sea más conveniente. Así las cosas, aunque se piense por hipótesis que lo que dice el niño es genuino y no inducido, ¿es conveniente para un hijo no ver más a su padre o madre sin que medie razones objetivamente fundadas? ¿responde a su interés superior? Sin dubitación, la respuesta es claramente negativa. La justicia no puede avalar este grave daño autoinfligido por el mismo niño”. “La adecuada comunicación entre los progenitores y sus hijos se debe interpretar con proyección a futuro. Es que un buen contacto materno o paterno - filial, mediante vínculos afectivos profundos, evita la consolidación de conflictos, trastornos de la personalidad y el carácter, frustraciones e inmadurez; y de ahí que la mentada comunicación resulta esencial en esta etapa —la de la niñez— en la que se estructura el psiquismo del individuo. Desde esta perspectiva, es indudable que la mejor formación del hijo depende en gran medida del mantenimiento de las figuras materna y paterna, pues la falta de una de ellas ha de representar una carencia espiritual de variadas consecuencias”. Además, de la prueba pericial rendida surge que no hay motivo fundado o causa grave que amerite privar el vínculo materno-filial o que permita inferir que tal contacto pueda poner en peligro la seguridad o salud física o moral del adolescente. A lo sumo se observan algunos aspectos a trabajar en la relación vincular entre el adolescente y su progenitora. Sí se encuentra acreditada la constante actitud obstruccionista del progenitor para reparar el vínculo materno filial. En situaciones como la aquí planteada no queda otra alternativa que hacer prevalecer el interés superior de E.; y ello implica, sin más, el dictado de todas las medidas que resulten necesarias a los efectos de concretar una sana revinculación materno-filial”.

— En ocasiones, el progenitor que lucha por el derecho a la comunicación reclama se realicen periciales para acreditar que la voluntad del hijo está viciada. Una situación interesante se planteó ante la Cámara de Apelaciones de Neuquén el 15/03/2023 (54); las hijas, con su propio patrocinio, cuestionaron la resolución que disponía que debían someterse a una prueba pericial. El fallo hizo lugar al planteo de las adolescentes. Si bien reconoció el derecho constitucionalmente tutelado de probar que la negativa pertinaz de sus hijas a tener contacto con él no era una decisión propia de ellas sino que respondía a la influencia materna, y que no existía riesgo para ellas en retomar la relación paterno-filial, interpretó que existían otros medios de prueba idóneas para acreditar los hechos controvertidos; sostuvo que “el cono-

(52) JCiv., Com. y Familia, Río Tercero, 1ª nom., Córdoba, 5/09/2019.

(53) JFamilia N° 1, Tigre, 26/05/2022, RCCyC, 2023 (febrero), 167, TR LALEY AR/JUR/87340/2022, con nota de con nota de RICOLFI, Miriam Florencia, “Medidas cautelares, procesos de familia y efecti-

vidad de las decisiones judiciales para lograr el proceso de revinculación”, TR LALEY AR/DOC/3109/2022.

(54) CCiv., Com., Lab. y Minería, Neuquén, Sala III, 15/03/2023, “P. E. J. A. vs. D. M. D. L. M. s. Cuidado personal de los hijos”.

cimiento de la verdad no puede ser logrado a costa de cualquier cosa, siendo también un mandato constitucional aquél que prescribe tutelar a las personas vulnerables, entre las que se encuentran las adolescentes”.

XVI.4. La autonomía progresiva, la voluntad libre del NNA y el discutido síndrome de alienación parental (SAP)

En algunas ocasiones en las que detectan que la voluntad del NNA no es libre, no es autónoma, los jueces van más allá e invocan como base de su decisión el muy discutido síndrome de alienación parental (SAP) (55).

Me he referido en otra oportunidad a esta problemática —su tratamiento en este artículo excede el objetivo perseguido—; solo señalo que integra una de mayor extensión, que es la referida a la comunicación en los casos de violencia familiar (y trato en el punto siguiente).

XVII. El derecho a la comunicación y a la vida familiar sin violencia

Generalmente, la violencia directa de cualquier tipo (física, psicológica, sexual, etc.) del progenitor sobre el hijo o la hija es causa suficiente para suspender el derecho de comunicación. La cuestión se plantea con la violencia indirecta; o sea, la que se ejerce sobre el otro progenitor haciendo partícipe a los hijos de un clima de violencia perjudicial para todo el grupo familiar.

La violencia indirecta ha dado lugar a una importante bibliografía (56). Caracterizada doctrina sostiene que, aunque no sean receptores directos, la violencia ejercida por el padre a la madre (o viceversa, aunque los casos son menos numerosos) afecta a los hijos y altera su integridad emocional. En este sentido se afirma que “la violencia tiene repercusiones particularmente graves para los niños que viven en hogares donde esta es un fenómeno habitual”. “Los niños dependen emocional y afectivamente de sus padres, y tienden a imitar los roles y las conductas que observan, debido a lo cual en el futuro pueden tener dificultades para establecer relaciones afectivas diferentes a las conocidas en su infancia; en su vida adulta los varones tienden a ser violentos y las niñas a ser mujeres golpeadas y, además, unos y otras pueden tener una mayor tolerancia a la violencia social y política” (57). “Desconocer esto es minimizar los efectos traumáticos y expansivos de la violencia en un hogar hacia todos sus integrantes y también hacia la sociedad” (58). “La familia es el primer agente socializador y el más determinante para el desarrollo y formación de modelos y roles” (59).

La jurisprudencia se hace eco de esta posición. Así una sentencia reproduce un informe pericial, que expresamente advierte: “Es importante tener en cuenta

la vasta literatura que muestra que los niños testigos de violencia necesitan protección y están en riesgo. Aunque no sean directamente golpeados, en tanto testigos quedan marcados y victimizados por esas imágenes destructivas. Pueden resultar lastimados si tratan de defender a quien está siendo maltratado o incluso resultar lastimados al encontrarse en medio de un episodio de golpes. Crecen con la idea que la violencia es una forma accesible para resolver los problemas. Sufren las mismas consecuencias emocionales que las que padecen violencia directamente (dificultades en la escuela, en la interacción con pares, en el desarrollo evolutivo/emocional, etc.). Un número alto de niños testigos de violencia repetirán la conducta agresiva cuando sean adultos” (60).

Desde esta perspectiva se ha decidido que “La revinculación del niño con su progenitor no es viable, toda vez que el menor la rechazó por las situaciones de violencia llevadas a cabo por él con respecto a su madre, no pudiéndoselo obligar a tener contacto con un progenitor que lo expuso a vivenciar situaciones particularmente traumáticas que comprometan sin remedio su interés superior” (61); “cabe rechazar la comunicación si anteriormente se desestimó una demanda deducida por peticionante, teniendo en cuenta el enfático rechazo del niño a la vinculación propuesta, quien recordaba y relataba las golpizas de su padre contra su madre, incluso estando embarazada, pues la nueva demanda no viene a exponer hechos nuevos y superadores de los que seriamente puede inferirse un cambio sustancial de la realidad”; “cabe tener en cuenta que el padre intentó ahorcar a la madre con un cable; tras esa violencia y la intervención de la justicia civil y penal, fue albergada en una casa refugio; posteriormente, la misma persona intentó nuevamente matarla, siendo condenado penalmente” (62). “El padre puede hoy invocar su derecho, pero si el niño se opone, queda en suspenso la obligación del niño correspondiente al derecho del padre. Esto es razonable, porque la frustración de la expectativa del adulto es menos cruenta que la obligación impuesta al pequeño, en tanto el adulto está más capacitado por su maduración, para soportar y aceptar frustraciones que el niño recién está incorporando” (63); cabe rechazar la comunicación pretendida “si anteriormente se desestimó una demanda deducida por peticionante, teniendo en cuenta el enfático rechazo del niño a la vinculación propuesta, quien recordaba y relataba las golpizas de su padre contra su madre, incluso estando embarazada, pues la nueva demanda no viene a exponer hechos nuevos y superadores de los que seriamente puede inferirse un cambio sustancial de la realidad” (64).

En la misma línea, se sostiene que “La falta de acciones positivas que tiendan a sostener un adecuado vínculo del niño con la progenitora traslucen el ejercicio de violencia en contra de la madre basada en una situación de desigualdad en el marco de un sistema de relaciones de dominación de los hombres sobre las mujeres, que tiene como consecuencia un

grave daño al derecho del ejercicio de la maternidad (art. 16 de la Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer). En este contexto, puede presumirse que, el niño no solo ha sido incorporado al círculo de violencia, sino también que, con su conducta el progenitor lo ha utilizado para ejercerla, lo cual de modo alguno puede ser cohonestado por este Tribunal” (65).

Los remedios propuestos por los jueces para estas situaciones no son uniformes porque los hechos son distintos. No obstante, la diversidad, algo es claro: si la comunicación no se niega, es necesario que se tomen las medidas necesarias para evitar los riesgos. La regla surge clara de la decisión emanada del TEDH, 1 sección en el caso “I. M. et autres c. Italie, (Requête no 25426/20)”, 10/11/2022. Los antecedentes fácticos eran: el padre es una persona violenta debido al consumo de drogas; la mujer y los hijos estaban en un refugio para familias que sufren violencia; se organizaron visitas bajo control de los servicios sociales. En un determinado momento se suspendieron, pero un año más tarde se reorganizaron por orden judicial, con la supervisión de una psicóloga en el nuevo refugio al que la madre y los niños habían sido trasladados. Tiempo después las reuniones empezaron a cumplirse en la sede de la comuna, que no tenía lugar ni profesionales adecuados, a punto tal que los niños presenciaban actos de violencia del padre contra la madre y el padre filmaba las entrevistas para probar que la madre los manipulaba. En 2016 comenzó un proceso penal contra el padre por malos tratos, pendiente de resolución en 2022 cuando el TEDH dictó su resolución. Intertanto, se tramitaron una serie de procesos judiciales de la progenitora contra el padre y viceversa. En definitiva, el padre se quejaba de no haber tenido comunicación con los hijos y la madre que, mientras la comunicación duró, sus hijos no tuvieron protección alguna, situación que les causó graves problemas psicológicos. La decisión del TEDH se diferencia de otras porque cita en su apoyo los informes del grupo GREVIO (Grupo de expertos en la lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica del Consejo de Europa). Según esos informes: (i) La violencia conyugal debe ser un factor determinante para la atribución del cuidado personal; (ii) Los acuerdos entre padres son saludables; no lo son, en cambio, en casos de violencia familiar; (iii) La seguridad del progenitor no violento y de los niños debe ser un factor central para decidir sobre el interés superior del niño en materia de comunicación; (iv) Conforme el art. 9 de la Convención, el niño tiene derecho a mantener vínculos con sus padres; pero la exposición a la violencia familiar en tanto víctima o testigo exige que las excepciones sean analizadas en el interés superior del NNA; (v) Aunque existen ejemplos de buenas prácticas judiciales, la jurisprudencia de los superiores tribunales no prohíbe sistemáticamente la utilización de argumentos defensivos fundados en la alienación parental o similares ni establece claramente el deber de los jueces de proceder a la evaluación de los riesgos para determinar el interés superior del NNA; (vi) Por eso, nota con preocupación que algunos

(55) CNCiv., Sala J, 01/12/2021, TR LALEY AR/JUR/188609/2021.

(56) Ver especialmente MÚRTULA LAFUENTE, Virginia, “El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género”, Dykinson, Madrid, 2016; en el derecho argentino, entre otros, nota de FERNÁNDEZ LEYTON, Jorgelina, “¿Puede la violencia de género presenciada por niños, niñas y adolescentes conllevar la suspensión del régimen de comunicación entre estos y sus progenitores?”, RDF, 2023-II, 233, TR LALEY AR/DOC/349/2023.

(57) RICO, Nieves, “Violencia de género, un problema de de-

rechos humanos”, <https://www.cepal.org/mujer/noticias/paginas/3/27403/violenciadegenero.pdf>.

(58) JPaz Letrado, Villa Gesell, “C. P. R. c. C. I. J. R. s/Cuidado personal unilateral”, 07/02/2020 (inédito).

(59) TFamilia, Formosa, 14/04/2016, DFyP 2017 (julio), 12/07/2017, 110, TR LALEY AR/JUR/107785/2016.

(60) CNCiv., Sala D, 18/09/2019.

(61) CCiv. y Com., Bariloche, 24/05/2019, RDF, 2019-V-305.

(62) CCiv. y Com., Bariloche, 26/02/2019, RDF, 2019-V-304. La

sentencia de primera instancia, confirmada por la Cámara data del 8/11/2018.

(63) ORTEMBERG, Osvaldo Daniel, “El derecho de visitas en los casos de violencia familiar”, TR LALEY AR/DOC/2160/2011.

(64) CCiv. y Com., Bariloche, 26/02/2019, RDF, 2019-V-304. La sentencia de primera instancia, confirmada por la Cámara data del 8/11/2018.

(65) JCiv., Com. y Familia, Río Tercero, 1era Nom., Córdoba, 5/09/2019.

tribunales rempazan directivas internacionales con algunas locales e ignoran las normas de la Convención de Estambul. Este fenómeno no responde a la reforma sobre el cuidado compartido, sino a que no se evalúan cuidadosamente las desigualdades que persisten entre hombre y mujeres y las tasas elevadas de exposición de las mujeres y de los niños testigos de la violencia como así también a riesgos de violencia después de la separación. Así, por ej. en Albania, Bélgica, Italia, Mónaco, Polonia, Turquía no se hace referencia expresa a la violencia doméstica entre los criterios jurídicos a tomar en cuenta en el momento de determinar el cuidado y la comunicación.

El TEDH señala que deben ponerse en equilibrio las siguientes reglas:

(i) romper los lazos entre el progenitor y el hijo implica cortar las raíces de ese NNA. En consecuencia, solo circunstancias absolutamente excepcionales podrían, en principio conducir a una ruptura de esos vínculos familiares y, en cualquier caso, en algún momento, hay que intentar recomponerlas para reconstituir la familia;

(ii) garantizar al NNA un ambiente sano es proteger su interés; el art. 8 no autoriza a un padre a tomar medidas perjudiciales a la salud o al desarrollo de su hijo.

En consecuencia:

— Las jurisdicciones nacionales deben hacer un examen profundo del conjunto de la situación familiar y de todos sus elementos, de orden fáctico, afectivo, psicológico, material y médico y proceder a una apreciación equilibrada y razonable de los intereses respectivos de cada uno, con la preocupación constante de determinar cuál es la mejor solución para el NNA, consideración que reviste una importancia crucial en todo el caso.

— El margen de apreciación dejado a las autoridades nacionales competentes variará según la naturaleza de los problemas en litigio y la importancia de los intereses en juego.

- Los dispositivos creados por el Estado para proteger los niños particularmente vulnerables contra los actos de violencia deben ser eficaces e incluir las medidas razonables para impedir los malos tratos de los que las autoridades tomaron o debieron haber tomado conocimiento, así como una prevención eficaz que ponga a los niños al abrigo de formas graves ataques a la integridad de su persona.

En el caso, el TEDH advierte que:

— pese a que el juez nacional autorizó los encuentros en condiciones estrictas de protección y en presencia de un psicólogo, los encuentros no tuvieron lugar según las modalidades ordenadas. En un primer período los niños encontraron a su padre en lugares inadaptados y sin la presencia de un psicólogo.

— el juez permaneció inactivo durante cuatro meses en lugar de reclamar la diligencia que reclamaban los servicios sociales y la denunciante.

— pese a que la denunciante no llevó los niños a las reuniones por falta de seguridades, el juez la consi-

deró “progenitor hostil” y suspendió el ejercicio de la responsabilidad parental, sin examinar sus argumentos y sin tener en consideración el contexto de violencia doméstica.

— el tribunal no escuchó a la asistente social que le señaló el peligro al que se sometía a los niños; tampoco al psicólogo que designó mucho tiempo después.

— los niños fueron obligados a encontrar a su padre en condiciones que no aseguraban ni garantizaban su tranquilidad siendo que estaba probado que el padre no continuaba con su tratamiento de desintoxicación y que el proceso penal abierto contra él por malos tratamientos estaba pendiente.

El TEDH concluye enfáticamente que “no entiende por qué los jueces decidieron mantener los encuentros si tenían conocimiento que la seguridad de los niños no estaba asegurada. Los jueces no evaluaron en ningún momento el riesgo al que ellos estaban expuestos y no hizo un balance entre los intereses en juego. En particular, en la motivación de sus decisiones no aparecen consideraciones que tengan en cuenta el interés superior del niño.

Por lo tanto, comparte las inquietudes del GREVIO en cuanto a la existencia de una práctica, muy extendida entre los tribunales civiles, consistente en considerar que las mujeres que invocan hechos de violencia doméstica como madres son no cooperadoras, ineptas, y merecen una sanción.

En suma, el TEDH no está convencido de que las autoridades internan hayan justificado suficientemente la suspensión durante tres años de la autoridad parental a la madre. Por el contrario, no examinaron con cuidado la situación. Se fundaron en un comportamiento pretendidamente hostil sin tener en cuenta todas las circunstancias del caso. Por eso, condenó a Italia a pagar 7,500 euros en concepto de daño inmaterial.

XVIII. Medidas cautelares que inciden en el derecho a la comunicación. Prohibición de acercamiento

Otro factor que debilita el derecho a la comunicación es el dictado de medidas cautelares por tiempo determinado que, por efectos de deficiencias en el sistema judicial, en la práctica, se convierten en suspensiones sin plazo.

Lamentablemente, la situación es frecuente.

Uno de esos casos llegó ante la Comisión Interamericana de Derechos humanos (66). Un señor relató los siguientes hechos: el 27/10/2017, cuando fue a recoger a sus hijas a la escuela, la directora le informó que no podía retirarlas porque había una “medida de restricción de acercamiento” producto de una denuncia en su contra. La denuncia había sido radicada ante la Oficina de Violencia Doméstica (OVD) por la madre de las niñas, quien lo acusó de abusos y tentativa de envenenamiento a sus hijas, además de tener preparado escaparse al extranjero con ellas. A raíz de esta denuncia se iniciaron dos expedientes, uno en fuero civil y otro en fuero penal. El proceso penal investigó lo denunciado por la madre: una de las niñas había manifestado ser víctima de conductas inapropiadas por parte del padre, tales como besarla en el cuerpo, pecho y genitales, acostarse con ella abrazándola de manera que le dificultaba la respiración, hacer comentarios de índole sexual o ingresar al baño y observarla mientras esta se bañaba. La otra hija se li-

mitó a mencionar que recibía malos tratos por parte de su padre, expresando malestar por esta cuestión. El 25/04/2018, el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N.º 48 resolvió sobreseer al padre; argumentó que la denuncia no tenía sustento en otros medios probatorios; los resultados de los exámenes practicados por el Cuerpo Médico Forense determinaron que las niñas no evidenciaban fundamentos objetivos para continuar con la causa y la numerosa prueba rendida no avalaba los hechos denunciados. La madre apeló la decisión. El padre solicitó comunicación con las hijas; la madre se opuso; la Defensora Pública de Menores e Incapaces señaló que consideraba pertinente una nueva evaluación, pues, de no hacerlo, podría negarles la posibilidad de intentar vincularse con su progenitor e ir perdiendo más aún el vínculo que pudieran llegar a formar. La decisión que ordenó restaurar la comunicación fue confirmada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala I el 12/08/2022 resaltando que el objetivo es “agotar todos los medios tendientes a garantizar el derecho de las niñas e intentar concretar la posibilidad de que puedan tener adecuado contacto con ambos progenitores”; en definitiva denunció que no ha podido tener contacto con sus hijas desde 2017, cuando se le impuso una medida restrictiva de acercamiento por haber sido denunciado penalmente por el delito de abuso sexual; a pesar de haber sido absuelto en 2018, y de reiteradas solicitudes ante el juez civil para que se lleve a cabo la revinculación del solicitante y sus hijas, el vínculo familiar continuó sin hacerse efectivo.

La Comisión señala que, después del sobreseimiento, en varias oportunidades, el padre requirió el levantamiento de la medida y el proceso de revinculación con sus hijas. No obstante, la restricción se ha mantenido vigente. Ha transcurrido un período temporal de aproximadamente cinco años, sin que la prohibición de acercamiento haya sido revisada. Además, desde el Juzgado competente, se ha venido monitoreando la situación, principalmente mediante la valoración de informes psicológicos. La madre no ha asistido con sus hijas a las entrevistas programadas; se ha intimado a la madre a arbitrar los medios necesarios para la concurrencia de sus hijas a las nuevas fechas propuestas bajo apercibimiento de considerar un eventual incumplimiento como una actitud obstructiva de la justicia. En vista de estos antecedentes, la CIDH considera que, *prima facie*, el caso presenta los requisitos de gravedad, urgencia e irreparabilidad contenidos en el art. 25 de su Reglamento. En consecuencia, solicitó a la Argentina que adopte las medidas necesarias para salvaguardar los derechos de las niñas C. P. R. y J. P. R. En particular, el Estado debe realizar de manera inmediata a través de las autoridades competentes, y los especialistas pertinentes, una valoración de las circunstancias actuales y una evaluación de la medida cautelar y provisional dictada en octubre de 2017 por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil No. 87, atendiendo a las circunstancias actuales y al interés superior de las niñas, de conformidad con los estándares internacionales en la materia.

XIX. Herramientas de atenuación de los inconvenientes

En los puntos siguientes muestro algunas posibles soluciones a los inconvenientes que debilitan el derecho a comunicación en las relaciones paterno-filiales.

XIX.1. Terapias de revinculación

El paso del tiempo conspira contra el vínculo, pero la comunicación no puede hacerse sin las garantías in-

(66) CIDH, Resolución 35/2023, Medidas Cautelares No. 160-23, “C. P. R. y J. P. R. respecto de Argentina”, 21 de junio de 2023.

dispensables a cuyo fin, como he dicho, el juez no debe desoír los consejos de los equipos interdisciplinarios. Así, por ej.: “Cuando quien realiza la terapia sugiere esperar los tiempos subjetivos del niño, es de suponer por estricto sentido común, que un obrar que no los contemple ocasionaría perjuicios quizás mayores que los beneficios que se obtendrían de una vinculación forzada o sin respeto a su propia evolución. Parece prudente entonces, que los jueces nos dejemos guiar por el consejo de terceros imparciales, profesionales en la materia, sobre todo cuando no existen razones para dudar de sus conocimientos e imparcialidad y cuando, además, son fundados y avalados por otros profesionales, en opiniones coincidentes. Por supuesto que esto no implica que la decisión recaiga sobre estos, sino que implica que, atendiendo a la protección jurisdiccional del niño para su desarrollo integral, y teniendo en cuenta que el régimen de comunicación, por su carácter netamente provisional, admite modificaciones o ajustes, debe necesariamente hacerse un seguimiento para lo cual resulta imprescindible el apoyo de la interdisciplina” (67). Por lo demás, en numerosos casos se torna imprescindible el auxilio de la interdisciplina y los espacios terapéuticos; es a partir de ellos que se puede reconstruir un contacto saludable que no resulte iatrogénico para NNyA. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires dispuso que previo a retomar el contacto paterno-filial se trabaje junto a los profesionales que colaboren y acompañen el restablecimiento del vínculo. Ello al confirmar la decisión que dispuso la comunicación de un niño con su progenitor (quien había sido denunciado por hechos de violencia familiar archivados (68). Con igual criterio, un tribunal bonaerense ordenó que, “en la medida en que ambos padres efectúen terapia psicológica de orientación para acompañar en este proceso a sus hijos, con auxilio de las tecnologías, durante los primeros treinta días se comuniquen con el progenitor una vez por semana a través medios telemáticos (*Zoom, Microsoft Teams, WhatsApp*, o similar) y en el supuesto de resultar satisfactorio y cumplido el procedimiento comunicacional durante el período establecido, se continuará durante treinta días más con la frecuencia de dos veces a la semana por los mismos medios, pudiéndose ampliar hasta lograr una adecuada comunicación, conforme los resultados de progreso que se deberán comunicar al Juzgado en relación a las terapias ordenadas” (69).

XIX.2. Dinámica y modalidades. Compatibilidad con obligaciones laborales

Un problema frecuente es la variabilidad de las obligaciones laborales del progenitor no conviven-

te; tal el caso de quienes tienen horarios rotativos o trabajan días corridos alternando con días de franco variable que imposibilita determinar días y horarios previamente pautados. Esta hipótesis fue analizada por una sentencia de un tribunal bonaerense que acogió el agravio del progenitor que se quejaba de haberse establecido un régimen de comunicación rígido, y ordenó el contacto con sus hijos de 15 y 11 años durante los dos días semanales en los que el demandado disponga de franco laboral, como así también los días en los que éste goce de vacaciones; a tal fin, dispuso que el progenitor informe su esquema laboral, al inicio de cada año, a la madre de los niños (70).

XIX.3. Puntos de encuentro

Como surge de algunas de las sentencias relatadas, en ocasiones, las comunicaciones se ven perjudicadas o incluso impedidas por carencia de espacios seguros y adecuados.

Por eso, aunque el derecho a la comunicación entre el progenitor y el hijo parece ser una cuestión exclusivamente individual, los tribunales dan cuenta de algunas acciones colectivas para dar eficacia a este derecho humano. Así, un tribunal patagónico hizo lugar a la acción de amparo interpuesta por los actores (personas con comunicación interrumpida con hijos o nietos) contra la Provincia del Chubut y ordenó al Poder Ejecutivo provincial que dé inmediato cumplimiento a la Ley III 40 del Chubut, en su parte pertinente, a través de la puesta en funcionamiento de los Puntos de Encuentro Familiar (PEFs) en la jurisdicción de Comodoro Rivadavia. Argumentó que “la necesidad imperiosa de la creación de los PEFs y, con ello, el pretendido resguardo de derechos de raigambre constitucional que asisten a los NNA, como también a aquellos miembros de la familia a quienes de igual modo les corresponde mantener un debido contacto con los primeros, fue escuchada y atendida por los legisladores, más no por el Poder Ejecutivo; máxime cuando la norma autoriza a dicho poder a efectuar las previsiones presupuestarias necesarias y aún las readecuaciones necesarias del presupuesto, lo que habla de la voluntad legislativa para el efectivo cumplimiento de la ley”. “Comprobado el incumplimiento denunciado, resulta estéril toda argumentación ensayada por la demandada, en particular, la liviandad con que se invoca la pretendida escasez presupuestaria; no se aporta ningún dato concreto al respecto ni tampoco se justifica por qué razón han transcurrido seis años sin que se tome acción alguna tal como la ley lo establece”. “No se trata de que el

Poder Judicial avance o invada la esfera que corresponde a los otros poderes del Estado. Está bien claro que lo que se pretende a través del recurso de amparo impetrado es que la ley se cumpla. Y precisamente, en el sistema republicano de gobierno, es el Poder Judicial quien tiene la potestad de interpretar las leyes y hacerlas cumplir”. “Más de seis años han transcurrido desde que se promulgara la norma, que hasta la fecha no es más que letra muerta” (71).

XIX.4. Designación del abogado del NNA o un tutor *ad litem*

En ocasiones los conflictos entre los progenitores alcanzan una virulencia tal, que la presencia del Ministerio Público no es suficiente y el hijo necesita estar representado o asistido en el juicio por otra persona que no sea su progenitor, sea un abogado del niño (si tiene madurez suficiente), sea por un tutor *ad litem* (si no ha alcanzado autonomía suficiente). Formulo esta línea divisoria sobre la base de la posición jurisprudencial y doctrinal mayoritaria (72) que, aunque con variantes (73), se inclina por requerir un cierto grado de madurez del NNA que designa un abogado.

Así, por ej., se ha decidido que “no corresponde designar abogado del niño en un juicio en el que se discute el régimen de comunicación de una niña de cuatro años” (74).

De cualquier modo, más allá de si se trata de un abogado del niño o un tutor *ad litem*, lo esencial es que el niño necesita asistencia diferente a la de sus progenitores. Así, se ha resuelto que “sin perjuicio de la nulidad decretada (en el caso, porque las niñas no fueron escuchadas), existe un alto grado de conflictividad entre los progenitores, circunstancia que podría de algún modo repercutir de manera negativa sobre ellas e inclusive derivar en potenciales conflictos de intereses, motivo por el cual concuerdo con el Sr. Defensor de los Derechos del Niño, Niñas y Adolescentes respecto de la necesidad que en el origen se nombre un o una profesional letrado o letrada que las asista o represente en el proceso” (75).

XIX.5. Servicios de revinculación parental

Algunas provincias han organizado en los tribunales un servicio de revinculación parental y régimen comunicacional. Así, por ej., el art. 45 del Cód. Proc. familiar de Tucumán lo estatuye con la finalidad de “favorecer la resolución de situaciones problemáticas vinculares graves (76).

(67) C2a. de Civ. y Com., Paraná, Sala II, 28/10/2020, “W. I. D. c. B. G. A. s/ régimen de comunicación”, TR LALEY AR/JUR/72281/2020.

(68) SCBA, 27/12/2023, “C. S. N. M. c. U. D., comunicación con los hijos”.

(69) CCiv. y Com., Dolores, 16/03/2021, “C., M. c. B., N. s/ tenencia de hijos y régimen de visitas”, RCCyC 2022 (febrero), 65, con nota de Judith Galletti, TR LALEY AR/JUR/5924/2021.

(70) CCiv. y Com., Sala I, Azul, Buenos Aires, 06/06/2023, “F., V. vs. R., M. D. s. Incidente de comunicación con los hijos”.

(71) CApel. Comodoro Rivadavia, Sala B, 11/11/2019.

(72) CCiv. y Com., Mar del Plata, Sala I, 10/08/2021, elDial FA 0001, publicado el 8/09/2021.

(73) Es la posición que sostuve en coautoría con MOLINA, Mariel, “La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial”, MOLINA de JUAN, Mariel F., RCCyC 2015 (noviembre), 3, TR LALEY AR/DOC/3850/2015. Ver también JÁUREGUI, Rodolfo G. - VILLALBA, Jorge Erasmo, “Reflexiones respecto al Proyecto de Ley de Abogado/a de Niños, Niñas y Adolescentes de Misiones”, Rubin-

zal Culzoni; RAMA, Daiana, “El rol del abogado del niño”, RDF, 96, 08/09/2020, 150, TR LALEY AR/DOC/2492/2020; ZUCCARINI, Ayelén, “Apuntes renovados sobre la actuación de abogadxs de niños y adolescentes en la Provincia de Buenos Aires”, Rubinzal Culzoni; CASCALLARES, Jonathan A. - AGÜERO, Norberto O., “Abogado del niño. Algunas precisiones sobre sus funciones y circunstancias que ameritan su intervención. Diferencias con la figura del Tutor especial”. RDF, 94-72, TR LALEY AR/DOC/858/2020; VENINI, Guillermina, “La figura del abogado del niño”, LA LEY, 2019-A, 555; DFyP, 2019 (abril), 10/04/2019, 163, TR LALEY AR/DOC/2152/2018; BARONI, María C. - SEBA, Sonia C., “La edad y el grado de madurez de los niños, niñas y adolescentes como condición para designar abogado del niño”, RDF, 2018-III, 25/06/2018, 184, TR LALEY AR/DOC/3085/2018; TORDI, Nadia Anahí, “Aspectos procesales sobre la figura del abogado del niño y adolescente”. *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni, 2015-2; de la misma autora, “El principio de autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes y su aplicación en el proceso penal”, en *Revista Jurídica Región Cuyo*, n°13,

diciembre 2022, Infojus; SERRALUNGA, Mariano, “El rol del/la abogado/a de niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual”, SJA 26/05/2021, 26/05/2021, 12, TR LALEY AR/DOC/1237/2021.

(74) CCiv. y Com., Sala II, Mar del Plata, Buenos Aires, 11/04/2019; TR LALEY AR/JUR/7653/2019, LA LEY, 2019-C-229.

(75) CCiv., Com., Lab., Min. y Familia, Circunscrip. II a V, Sala II, Neuquén, 21/10/2022.

(76) Art. 45.- servicio de revinculación parental y régimen comunicacional: Con la finalidad de favorecer la resolución de situaciones problemáticas vinculares graves que pudieran suscitarse cuando los NNyA se encuentren por algún motivo impedidos de mantener o restablecer contacto con alguno de sus progenitores, o familia ampliada o referentes afectivos, las distintas unidades jurisdiccionales del Fuero de Familia deberán contar con el apoyo y colaboración de un Servicio de Vinculación y/o Revinculación Parental y Régimen Comunicacional, conformado por un equipo técnico interdisciplinario integrado por profesionales en Psicología y en Trabajo Social, distinto de aquellos que integren el Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario de

XIX.6. Registro de obstrutores

Del mismo modo que existen registros de deudores morosos de alimentos, se propone la creación de registros de obstrutores de vínculos familiares, con efectos similares. Así, por ej., en la provincia del Chubut fueron creados por ley XIII-23-2018 (77).

XIX.7. Modificación del cuidado personal en contra del progenitor que se niega a colaborar en el derecho de comunicación

Como es sabido, el derecho garantizado en el art. 652, Cód. Civ. y Com., se refuerza con la pauta del art. 653, Cód. Civ. y Com., que confiere prioridad para atribuir el cuidado unilateral al progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro hijo.

La solución del legislador sigue la tendencia jurisprudencial anterior a 2015 según la cual ante el reiterado incumplimiento por parte de una madre que tiene la guarda de sus hijos menores de los deberes asumidos en un compromiso de revinculación paterno-filial, resulta procedente ordenarle que se abstenga de cualquier acción u omisión que perturbe la vinculación de los niños con su padre no conviviente, bajo apercibimiento de reconsiderar la guarda que se ejerce sobre ellos. Y frente a un incumplimiento reiterado e irreductible, sin esperanza razonable de cambio de actitud; y si han fracasado otras medidas para hacer efectivas las relaciones personales, el interés superior del niño indica que debe modificarse la guarda, aun cuando esta modificación implique no respetar el *statu quo*.

Se trata de una medida extrema, porque sanciona al obstrutor; pero en algunos casos puede llegar a perjudicar al hijo, a quien se obliga a cambiar su centro de vida. Por eso los jueces toman medidas para prevenir o, al menos, atenuar ese efecto negativo. En este sentido se ha decidido que "Corresponde modificar cautelarmente el régimen de vida de los niños

poniendo en cabeza de su padre el cuidado personal. Para facilitar dicha tarea, en los primeros días y hasta tanto logre restablecerse adecuadamente el vínculo paterno-filial fracturado, los niños y su padre deberán permanecer con el apoyo de un acompañante terapéutico, quien no solo acompañará a los niños durante la efectivización de la medida, sino también, y especialmente, con posterioridad. Ello con el objeto de dar contención a los niños y al progenitor, colaborando para restablecer el vínculo paterno filial actualmente quebrado. La modalidad de dicha intervención, plazos y forma de intervención será organizada entre dicho profesional y según lo que aconseje los profesionales tratantes de los niños y el progenitor, con consulta a este tribunal. Ello, sin perjuicio que el Equipo Técnico de esta dependencia realizará un exhaustivo seguimiento de la evolución" (78).

XIX.8. Redacción de parte de la sentencia en modo de lectura fácil

Frecuentemente, los jueces destinan un párrafo final de la sentencia para dirigirse a los NNA en términos similares a estos: "Alejandra y Pablo, como jueza y juez que tuvimos que decidir en esta situación que están viviendo, y que los escuchamos aquel día en la entrevista que tuvieron con nosotros, queremos decirles que tomamos la decisión de que los dos puedan estar juntos con su papá una semana y la otra semana con su mamá; y también para que pasen algunas fiestas juntos, como el día del padre o de la madre o el cumpleaños de sus papás y las vacaciones, como ustedes lo deseen y como acuerden sus papás. Esto lo hicimos, porque tuvimos muy especialmente en cuenta lo que nos dijeron y el deseo que expresaron de querer estar juntos y visitar a su papá, también juntos. Queremos también que sepan que siempre pueden expresar sus deseos y sus opiniones o sentimientos y tienen que saber que estas opiniones y deseos deben ser tenidos en cuenta siempre para su bienestar. Los saludamos y fue un placer conocerlos, esperamos siempre sigan unidos como hermanos".

cada unidad jurisdiccional. Dicho Servicio de Vinculación y/o Revinculación Parental y Régimen Comunicacional estará bajo la órbita de la Presidencia de la Excm. Cámara de Apelaciones en Familia y Sucesiones de cada Centro Judicial, e intervendrá en todos los casos en que a requerimiento de cada Juez se necesite disponer modalidades de revinculación parental o regímenes comunicacionales específicamente monitoreados. En cada caso, el Juez que entienda dará participación al Servicio en un caso concreto, librándole vía oficio tal requerimiento a la Presidencia de la Excm. Cámara del Fuero, acompañando al mismo una sucinta reseña del caso, la que dispondrá su inmediato envío a los funcionarios judiciales a cargo del Servicio, con la finalidad de disponer la modalidad que el Juez oficiante estime

como más conveniente al caso concreto. El Juez podrá disponer que los y las profesionales a cargo de ese servicio emitan informes respecto a la evolución y pronóstico de la vinculación, revinculación o modalidad comunicacional en curso. De la misma forma, podrán proponerse nuevas modalidades, requiriendo los informes respectivos con la periodicidad que en cada caso estime más conveniente.

(77) Art. 7º - Créase el Registro de Obstrutores de Vínculos Familiares, dependiente del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut, donde quedarán registradas todas aquellas personas que tengan sentencia firme.

(78) CNCiv., Sala C, 8/04/2013, comentado por ALESI, Martín B., "El proceso de ejecución del régimen de comunicación ante el in-

XIX.9. Responsabilidad civil por daños

La responsabilidad civil puede tornarse en otra vía para hacer efectivo el derecho de comunicación contra el progenitor obstructor. Las decisiones no son numerosas. Me limito a señalar dos, una a favor y otras en contra, según se consideraran acreditados (79), o no (80), los presupuestos de la responsabilidad civil.

XX. Una reflexión final

El rastreo jurisprudencial muestra que el derecho humano a la comunicación en las relaciones filiales no siempre es de fácil realización; de cualquier modo, finalmente, la Justicia muestra gran sensibilidad frente a la problemática, que lejos de mirarse desde la simple perspectiva de la legalidad, levanta la mirada hacia los Derechos Humanos con el fin de responder equitativamente, con especial atención a las situaciones de vulnerabilidad.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/679/2025

Más información

[Lucchini Minuzzi, María Laura](#), "Medidas efectivas en la ejecución de sentencias de los procesos de familia relativos al ejercicio de la responsabilidad parental", RDF 104, 102, TR LALEY AR/DOC/1147/2022
[Kemelmajer de Carlucci, Aída](#), "Socioafectividad, interés superior del niño y multiculturalismo.", RDF 98, 17, TR LALEY AR/DOC/60/2021

Libro recomendado

[Manual de Derecho de las Familias](#)

Autora: Marisa Herrera
Edición: 2023
Editorial: La Ley, Buenos Aires

cumplimiento del progenitor custodio", RDF, 2013-V, 17, TR LALEY AR/DOC/6371/2013.

(79) CNCiv., Sala K, 12/02/2019, "F., D. E. c. D., L. V. s/ daños y perjuicios - ordinario", la ley 28/03/2019, 5; LA LEY, 2019-B, 134; RCyS, 2019-V, 146, LA LEY 06/05/2019, 5, con nota de Laura Filia - Graciela Medina; LA LEY, 2019-C, 202; DFyP, 2019 (julio), 45; DFyP, 2019 (agosto), 52, con nota de Julio L. Gómez; TR LALEY AR/JUR/234/2019.

(80) CNCiv., Sala H, 22/06/2021, "S., D. c. F., N. R. s/ daños y perjuicios - familia", RCCyC, 2021 (diciembre), 67, con nota de María Luciana PIETRA, RDF, 2022-I, 50, con nota de Mauricio Luis Mizrahi, TR LALEY AR/JUR/95372/2021.

Columna de opinión

Aporte de criptoactivos por no residentes a fideicomisos en Argentina

Caso de estudio



Gilberto León Santamaría

Managing Partner Estudio Santamaría Abogados.

Uno de los temas bajo análisis, y que proponemos explorar a través de este artículo de investigación, está relacionado a un caso de uso práctico con la intención de generar debate y aportes de opinión:

-El análisis del aporte de criptoactivos (ej. USDT), realizado por no residentes a un fideicomiso constituido en Argentina bajo la figura de *fideicomiso por adhesión*. Este escenario plantea diversas interrogantes legales, regulatorias y cambiarias, que desglosamos a continuación. El análisis fiscal lo haremos en un artículo aparte atento merece especial atención.

I. El caso bajo análisis

El tema para resolver aborda tres ejes principales:

1. *Naturaleza del aporte*: ¿Califican los criptoactivos como inversiones extranjeras?

2. *Impacto regulatorio*: ¿Qué papel juegan entidades como el Banco Central de la República Argentina (BCRA) y la Comisión Nacional de Valores (CNV)?

3. *Cumplimiento normativo*: ¿Qué medidas deben implementarse para garantizar transparencia y evitar restricciones cambiarias?

II. Análisis jurídico

II.1. Naturaleza jurídica de los criptoactivos como aportes fiduciarios

Los criptoactivos, como USDT *no son considerados moneda de curso legal* (al respecto ver “Apéndice” *infra*) ni tampoco instrumentos de inversión en el sentido tradicional para el contrato de fideicomiso:

Aporte fiduciario: Los criptoactivos constituyen un aporte en especie al fideicomiso, integrándose como parte del patrimonio fiduciario; no estamos frente a un aporte de capital en los términos de la Ley General de Sociedades.

Independencia del patrimonio fiduciario: Según el art. 1670 del Cód. Civ. y Com., el patrimonio fiduciario se constituye, por efecto de ley, como uno separado del patrimonio del fiduciario, fiduciarios y beneficiarios. Por lo tanto:

- No se considera un aporte de capital en los términos de la Ley General de Sociedades (estamos frente a un contrato con Presunción de Legalidad y regulado por el Código Civil y Comercial), sino aporte fiduciario como consecuencia de la relación contractual de las partes (fiduciante/fiduciario).

- No genera obligaciones directas para el fiduciario más allá de las derivadas del contrato.

II.2. Regulación de criptoactivos en Argentina

La regulación de los criptoactivos en Argentina es fragmentaria y depende de su uso específico:

- Comisión Nacional de Valores (CNV):

La CNV considera a los criptoactivos bajo ciertas circunstancias como títulos valores o instrumentos fi-

nancieros cuando representan derechos negociables en mercados organizados.

En el caso del fideicomiso, si los criptoactivos se destinan exclusivamente a la conformación del patrimonio fiduciario y no se negocian en mercados secundarios, la intervención de la CNV sería marginal o inexistente.

- Banco Central de la República Argentina (BCRA):

El BCRA regula el movimiento de fondos y divisas, pero no tiene un marco específico para la regulación de criptoactivos. Sin embargo, podría intervenir en las siguientes situaciones:

1. *Ingreso de fondos*: Si el fiduciario convierte los criptoactivos en moneda fiduciaria (pesos o dólares) para operar en el país, podrían aplicarse las normativas cambiarias del BCRA, especialmente aquellas relacionadas con la liquidación de divisas provenientes del exterior.

2. *Transferencias al exterior*: Si se remiten fondos en moneda fiduciaria (derivados de la venta de criptoactivos), estas operaciones podrían estar sujetas a restricciones cambiarias.

- Unidad de Información Financiera (UIF):

Las operaciones con criptoactivos están alcanzadas por los estándares de prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Por ello, el fiduciario deberá implementar controles adecuados para identificar el origen de los fondos aportados por los fiduciarios no residentes.

II.3. Normativa de inversión extranjera

El Régimen de Inversiones Extranjeras en Argentina (ley 21.382) regula la inversión de no residentes en el país, definiendo como inversiones extranjeras:

—Aportes de capital.

- Adquisición de bienes o derechos que impliquen una participación económica.

- Los aportes fiduciarios de criptoactivos no califican como inversiones extranjeras en sentido estricto, porque:

1. No constituyen capital de una empresa local ni implican una participación accionaria.

2. Forman parte de un patrimonio fiduciario separado, sin impacto directo en el balance del fiduciario o del grupo empresarial.

Por lo tanto, los aportes fiduciarios realizados en criptoactivos no están sujetos a la normativa de inversiones extranjeras.

- Aspectos cambiarios

--Ingreso de criptoactivos:

Si los criptoactivos se transfieren directamente a *wallets* administradas por el fiduciario, no se genera una obligación de liquidación cambiaria.

El BCRA podría intervenir si se convierten en moneda fiduciaria para operaciones locales.

- Movimientos transfronterizos:

Las transferencias de criptoactivos entre jurisdicciones no están sujetas al control directo del BCRA, ya que este regula únicamente el movimiento de monedas de curso legal.

- Conversión de criptoactivos:

En caso de conversión a pesos argentinos, se aplicarán las normas cambiarias vigentes, como las restricciones de acceso al mercado único y libre de cambios (MULC).

III. Conclusiones

III.1. Naturaleza del aporte

El aporte de criptoactivos a un fideicomiso por adhesión no se considera una inversión extranjera, sino un aporte en especie al patrimonio fiduciario.

Dado que el fideicomiso es un patrimonio separado, no impacta directamente en las obligaciones del grupo empresarial que lo administre (fiduciario dueño en interés ajeno).

III.2. Regulación aplicable

La CNV solo tendría competencia si los criptoactivos se consideran instrumentos financieros negociables, lo que no ocurre en este caso (no existe oferta pública ni mercado secundario, el fiduciario actuaría como *pool de inversiones*, recomprando y colocando la participación contractual tokenizada).

El BCRA interviene únicamente cuando los criptoactivos se convierten en moneda fiduciaria para operaciones locales o transferencias internacionales.

III.3. Cumplimiento normativo

El fiduciario deberá implementar medidas para cumplir con la normativa de la UIF, garantizando la transparencia en el origen de los fondos.

Se recomienda evitar la conversión de criptoactivos a moneda fiduciaria, para minimizar restricciones cambiarias.

III.4. Recomendaciones operativas

- Mantener los aportes en criptoactivos dentro del fideicomiso, utilizando *wallets* que no impliquen conversiones a moneda fiduciaria.

- Incorporar cláusulas específicas en el contrato de fideicomiso que aclaren la naturaleza del aporte y la autonomía funcional (patrimonio separado) del patrimonio fiduciario.

Este esquema ofrece una solución jurídicamente sólida y alineada con la normativa vigente, respetando los principios de seguridad jurídica y operatividad del fideicomiso en el contexto de criptoactivos.

IV. Apéndice

IV.1. Monedas de curso legal y criptomonedas

Caso específico a modo de ejemplo en el marco de la Ley de Regularización de Activos:

- *Diferenciación entre moneda nacional, moneda de curso legal y criptoactivos según el Código Civil y Comercial de la Nación*

El Código Civil y Comercial de la Nación establece importantes distinciones entre lo que se entiende por *moneda nacional*, *moneda de curso legal*, y las obligaciones relacionadas con *criptoactivos*. Es fundamental no confundir la naturaleza de estos activos, especialmente en el contexto de la ley 27.743.

IV.1.a. Moneda nacional y extranjera como obligación dineraria

IV.1.a.1. Moneda nacional y extranjera (art. 24.1 inc. a)

- *Definición:* Según el art. 24.1 inciso a) de la ley 27.743, se consideran *moneda nacional* y *extranjera* al dinero fiduciario emitido y respaldado por un *banco central*. En el caso de Argentina, la moneda nacional es el peso argentino, y monedas extranjeras incluyen al dólar estadounidense, al euro, entre otras.

- *Obligación dineraria:* Estas monedas son consideradas *dinero* estrictamente hablando y cumplen las funciones clásicas de medio de pago, unidad de cuenta y reserva de valor. Las obligaciones dinerarias, según el Código Civil y Comercial, implican el pago de una suma de dinero específica en la moneda de curso legal.

- *Curso legal:* Tanto la moneda nacional como la extranjera, cuando son aceptadas en transacciones dentro de Argentina, tienen el respaldo de leyes que regulan su uso como medios de pago. El *peso argentino* es de curso legal obligatorio en Argentina, mientras que las monedas extranjeras pueden ser usadas bajo ciertos contextos acordados entre las partes.

IV.1.b. Criptomonedas y criptoactivos como obligación de dar cosas

IV.1.b.1. Criptomonedas y criptoactivos (art. 24.1 inc. h):

- *Definición:* Las *criptomonedas* y *criptoactivos*, mencionados en el art. 24.1 inc. h) de la ley 27.743, son activos digitales que utilizan la tecnología *blockchain* para asegurar transacciones. Aunque pueden funcionar como medio de pago en ciertos contextos, no son consideradas moneda en sentido estricto.

- *Obligación de dar cosas:* A diferencia de las monedas tradicionales, las *criptomonedas* no cumplen formalmente con las funciones de una moneda bajo el Código Civil y Comercial. En su lugar, se consideran “cosas” dentro del marco legal, lo que significa que las obligaciones relacionadas con criptomonedas son tratadas como *obligaciones de dar cosas*, no como *obligaciones dinerarias*. Esto implica que las criptomonedas son vistas más como un *bien* o un *commodity*, cuyo valor puede fluctuar y cuya entrega puede pactarse en términos contractuales específicos.

- *No son de curso legal:* Es crucial no confundir *criptomonedas* con monedas de curso legal. Las criptomonedas no están respaldadas por ningún gobierno ni deben ser aceptadas obligatoriamente como medio de pago. Su valor es altamente volátil, lo que las diferencia significativamente de las monedas nacionales o extranjeras reguladas.

IV.2. Aplicación del art. 26 de la Ley 27.743: Reglas especiales según el tipo de activo

IV.2.a. Dinero en efectivo en Argentina (art. 26.a):

El art. 26 de la ley 27.743 establece reglas especiales según el tipo de activo que se desee regularizar. En particular, el inciso a) se refiere al dinero en efectivo en Argentina, correspondiente al art. 24.1 inc. a) de la ley.

- *Depositar en entidad financiera:* Para regularizar el dinero en efectivo incluido en el art. 24.1 inc. a) (moneda nacional y extranjera), los contribuyentes deben, antes de la fecha límite prevista para la manifestación de adhesión a la *Etapa 1*, depositar dicho efectivo en una entidad financiera regulada por la ley 21.526 de Entidades Financieras.

- *Aplicación exclusiva a moneda nacional:* Esta obligación de depositar el dinero en una entidad financiera solo se aplica a la moneda nacional y extranjera mencionada en el art. 24.1 inc. a). *No se aplica a las criptomonedas y criptoactivos* incluidos en el artículo 24.1 inciso h), ya que estos activos no son considerados dinero en sentido legal y su regularización sigue un proceso diferente.

V. Bibliografía

- SANTAMARÍA, Gilberto León - GÓMEZ DE LA LASTRA, Manuel, “Fideicomiso: Doctrina de los Actos Neutros, Aspectos Impositivos, Contables y Notariales, Insolvencia, Consumo. *Fideicomiso y Economía de los Tokens, DLTs, Blockchain, Smart Contracts, DAOs y Tokenización de activos fiduciarios*” de Editorial La Ley, 2023, 4ta edición.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/680/2025

Jurisprudencia

Juicio ejecutivo

Revocación de sentencia que declaró inhábil el título por incumplimiento del art. 36 de la ley 24.240.

La sentencia que declaró inhábil el pagaré por entender que no estaban satisfechos los recaudos del art. 36 LDC debe revocarse, ya que no puede considerarse al demandado como consumidor o usuario bajo las disposiciones de la ley 24.240, debido a la falta de evidencia suficiente en el expediente que demuestre que el valor recibido fue destinado a la adquisición de bienes o servicios para beneficio personal o familiar.

CNCom., sala A, 28/03/2025. - Credigol S.A.S. c. Benítez, Cecilio Rubén s/Ejecutivo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/28700/2025]

2ª Instancia. - Buenos Aires, 28 de marzo de 2025.

Y vistos:

1.) Apeló la parte actora el decreto de fd. 22, mediante el cual se declaró inhábil el pagaré objeto de este proceso ejecutivo, en la inteligencia de que se libró como consecuencia de la financiación de una operación de consumo, sin que se encuentren satisfechos los recaudos del art. 36 LDC, toda vez que, con-

forme indicó el magistrado de grado, no contiene la cuantificación total de los intereses a pagar o el costo financiero total, no se especifica el sistema de amortización de capital y cancelación de intereses y tampoco se hace referencia a la existencia o inexistencia de gastos extras, seguros o adicionales, de conformidad con lo estatuido por el inc. h) del mentado artículo.

Los fundamentos del recurso fueron desarrollados a fs. 23/27.

Conferida vista a la Fiscalía de Cámara, la Sra. Fiscal General dictaminó en el sentido de confirmar el fallo impugnado.

2.) La parte actora se quejó de que el juez de grado haya inferido que entre las partes se entabló una relación de crédito para el consumo. Señaló que, en la declaración jurada suscrita por el demandado, se indicó expresamente que los fondos entregados, cuyo valor se resguardaría mediante el pagaré firmado, serían destinados a la inversión en un emprendimiento. Hizo hincapié en que por esa razón el ejecutado no sería el destinatario final de los fondos obtenidos, ni estos habrían sido utilizados en beneficio propio o de su grupo familiar o social, tal como lo requiere el artículo 1 LDC.

Arguyó que en ningún momento la LDC expresa la creación de un nuevo tipo de pagaré o que dicha

normativa deje sin efecto el decreto-ley 5965/63 y que, a todo evento, es claro que el art. 36 LDC no puede ser considerado una modificación de la regulación legal de los títulos de crédito, como así tampoco de las normas de procedimiento relativas a los mismos. Indicó que de seguirse ese criterio se estaría alterando en forma pretoriana las disposiciones legales de fondo y las procesales que reglamentan la tramitación de los juicios ejecutivos, lo cual está vedado, y más aún en el estrecho marco de conocimiento que caracteriza los procesos de ejecución.

3.) Sentado todo ello, señálase que del examen de las constancias acompañadas a la causa, así como de la literalidad del documento que se ejecuta, no se extraen indicios suficientes que brinden sustento objetivo a las meras inferencias que el juez *a quo* propone, de modo que permita concluir en que la relación que unió a las partes pueda ser encuadrada en una relación de consumo conforme las disposiciones de la LDC.

Véase que presumir, como se hizo en la anterior instancia, que el demandado sería un “consumidor o usuario” —cfr. art. 1 LDC— sin que se desprenda del expediente —en principio al menos, en esta instancia del proceso— ningún elemento que demuestre siquiera mínimamente que haya destinado el “valor recibido” a adquirir bienes o contratar servicios para

beneficio propio o de su grupo familiar o social, impide sostener en esta instancia que el pagaré que se ejecuta en autos se encuentra inserto en una relación de consumo en los términos de la LDC.

En efecto, no se advierte razonable inferir la calidad de “consumidor o usuario” del demandado, de las solas circunstancias apuntadas por el juez de grado, que no pasan de ser en construcción de una mera hipótesis presuncional, como así tampoco cabe descartar sin más —como lo hizo el magistrado— que el destino del financiamiento haya sido volcado a un proceso de producción, transformación o comercialización de bienes o servicios. En ese marco, no cupo declarar derechamente la inhabilidad del título a los efectos de esta ejecución (cfr. arg. art. 37 LDC; véase en igual sentido esta CNCom., esta Sala A, 08.07.2014, “Banco de la Ciudad de Buenos Aires c/ Pinto, Andrea Jaqueline s/ Ejecutivo”).

Obsérvese en el caso, que el objeto del juicio es la ejecución de un pagaré, de modo que la relación subyacente existente entre las partes no aparece manifiesta para someterla a las disposiciones de la LDC y, por ende, resulta apresurado concluir que exista un crédito para el consumo o una operación aprehendida por el art. 36 LDC -texto según ley 26.631- (conf. esta CNCom., esta Sala A, 23.12.2013, “Krawczuk, Damián Ariel c. Ticona Sejas Marcos Uruguay s. Ejecutivo”).

Por ello, se estima que en el caso de autos al no encontrarse configurados los presupuestos necesarios para la aplicación de los arts. 36 y 37 LDC, cabe acceder al agravio traído y dejar sin efecto el fallo de grado, en lo pertinente, extremo que en modo alguno predica acerca del resultado de las defensas que, en su caso, el accionado pueda oponer sobre el particular.

4.) En consecuencia, oída la Sra. Fiscal General ante esta Alzada, esta Sala *resuelve*:

Admitir el recurso interpuesto y revocar la resolución apelada en lo que fue materia de agravio, debiéndose dar curso a la presente ejecución.

Notifíquese a la Sra. Fiscal y a las partes. Oportunamente, devuélvanse las actuaciones a la instancia anterior.

A fin de cumplir con la publicidad prevista por el art. 1 de la ley 25.856, según el Punto I.3 del Protocolo anexo a la Acordada 24/13 CSJN, hágase saber a las partes que la publicidad de la sentencia dada en autos se efectuará, mediante la pertinente notificación al CIJ. — Héctor O. Chomer. — María E. Uzal. — Alfredo A. Kölliker Frers.

Exclusión del monotributo

Gastos incompatibles con el máximo de ingresos de la categoría inscripta. Apelación del contribuyente. Ausencia de crítica razonada.

1. - La apelación interpuesta por un contribuyente contra la exclusión del *Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes* debe ser rechazado, pues no solo omitió exponer argumentación alguna tendiente a desvirtuar la conclusión a que arribó el juez de grado en orden a la legitimidad del acto impugnado, sino que se limitó a manifestar

que: “*el acto impugnado solo busca el cobro compulsivo de aquello que no se debe, y ello revela un manifiesto apartamiento de la finalidad de la propia ley 11.683*”, sin refutar con argumentos relevantes la decisión en cuanto a que los gastos realizados no resultaban compatibles con el máximo de ingresos de la categoría en la cual se encontraba inscripto.

2. - El recurso de apelación interpuesto por un contribuyente contra la exclusión del *Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes* debe ser rechazado, pues el escrito recursivo ciertamente omite refutar los concretos fundamentos que sostienen la decisión apelada, debiendo destacarse que la exclusión de pleno derecho fue dictada por aplicación del principio hermenéutico establecido en el inc. e), del art. 20, del Anexo de la ley 26.565, con base en los extremos comprobados por la verificación llevada a cabo por el ente fiscal y tales fundamentos no fueron eficazmente rebatidos por el contribuyente.

CNFed. Contencioso administrativo, sala II, 21/03/2025. - Fernández Ramos, Rubén Alejandro c. EN-AFIP-DGI s/ dirección general impositiva.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/26337/2025]

Jurisprudencia vinculada

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, sala IV, 11/02/2025, “Carossella, Julio César c. EN - AFIP - Reso. 205/22 s/ Dirección General Impositiva”, TR LALEY AR/JUR/2134/2025

Costas

A cargo de la vencida (art. 68, primera parte, del CPCyC).

2ª Instancia.- Buenos Aires, 21 de marzo de 2025.

Considerando:

I.- Que por sentencia del 24/09/2024, la Señora Jueza de primera instancia rechazó la demanda instaurada por el Señor Rubén Alejandro Fernández Ramos y le impuso las costas (cfr. artículo 68, 1º parte del C.P.C.C.N.).

II.- Que, para decidir del modo indicado la Magistrada señaló en primer lugar, que en autos se persigue la declaración de nulidad de la notificación del Dictamen N° 1367/18 (DV REVb) y la Resolución N° 2641/2018 (PI CRSS), dictados por la A.F.I.P. en el Expediente N° 9675/2018, por los cuales se rechazó el recurso interpuesto en los términos del artículo 74, inc. 1º) del decreto 1397/79, reglamentario de la ley 11.683 (t.o. 1998 y modif.) y, en consecuencia, se decreta que el plazo para interponer la presente demanda comenzó a correr desde el día 4/07/2019, fecha en que el actor tomó vista espontáneamente y se notificó personalmente de las actuaciones mencionadas.

Destacó que el accionante solicitó en sustancia la revocación de las mencionadas Resoluciones, con el fin que se deje sin efecto su exclusión del Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes (RS Mo-

notributo) y se disponga su continuidad bajo dicho régimen.

Indicó que, para adoptar tal resolución, el Fisco Nacional sostuvo que los gastos realizados por el contribuyente no resultaban compatibles con el máximo de ingresos de la categoría en la cual se encontraba inscripto.

Para decidir como lo hizo, la anterior sentenciante recordó que el artículo 2 del Anexo de la ley 26.565 define a los Pequeños Contribuyentes como: “las personas físicas que realicen venta de cosas muebles, locaciones y/o prestaciones de servicios, incluida la actividad primaria, las integrantes de cooperativas de trabajo, en los términos y condiciones que se indican en el Título VI, y las sucesiones indivisas en su carácter de continuadoras de las mismas. Asimismo, se consideran pequeños contribuyentes las sociedades de hecho y comerciales irregulares...”

Precisó que el artículo 20 de la norma analizada, establece una serie de supuestos ante los cuales corresponde la exclusión de pleno derecho del *Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes* (RS), entre los cuales, y en lo que aquí importa, el inciso a), dispone: “e) Adquieran bienes o realicen gastos, de índole personal, por un valor incompatible con los ingresos declarados y en tanto los mismos no se encuentren debidamente justificados por el contribuyente”.

A continuación, reseñó lo dispuesto por el artículo 21 del mismo cuerpo normativo que establece que: “El acaecimiento de cualquiera de las causales indicadas, en el artículo anterior producirá, sin necesidad de intervención alguna por parte de la Administración Federal de Ingresos Públicos (A.F.I.P.), la exclusión automática del régimen desde la cero (0) hora del día en que se verifique la misma, debiendo comunicar el contribuyente, en forma inmediata, dicha circunstancia al citado organismo, y solicitar el alta en los tributos —impositivos y de los recursos de la seguridad social— del régimen general de los que resulte responsable, de acuerdo con su actividad”.

Acto seguido, postuló que tanto la doctrina como la jurisprudencia de la C.S.J.N. y de esta Excma. Cámara, especifican que las resoluciones emanadas de la administración gozan de presunción de legitimidad, por la cual se supone que esta fue dictada en armonía con el ordenamiento jurídico; añadiendo que se trata de una presunción iuris tantum, provisional y transitoria, que subsiste en tanto no se declare la invalidez del acto, ya sea por un órgano administrativo o por una autoridad judicial.

Del mismo modo, aseveró que la C.S.J.N. en materia de prueba ha reconocido que las exigencias derivadas del artículo 377 del C.P.C.C.N. deben ser interpretadas en armonía con la presunción de legitimidad del acto administrativo de determinación de oficio, a fin de que el Estado no termine obligado a demostrar, en cada caso, la veracidad de los hechos en los que se asienta cuando, por el contrario, es el interesado el que debe probarla.

En ese orden de consideraciones, indicó que del examen de las presentes actuaciones surge que la parte actora no ha logrado rebatir lo resuelto en sede administrativa y desvirtuar, en consecuencia, la legitimidad de los actos administrativos dictados; dado

que no ha acreditado en la causa prueba que resulte irrefutable a los fines de sustentar su posición.

Destacó que el Dictamen N° 1367/2018 y la Resolución 2641/18, fueron dictadas por el organismo fiscal aplicando la normativa vigente en la materia, que le impone el ejercicio de las funciones de verificación y control que le son propias.

Como corolario de ello, refirió que la A.F.I.P. ha sustentado su decisorio, a través de elementos concretos y razonables, que le permitieron determinar la calificación asignada, sin que las pruebas aportadas logren desvirtuar los fundamentos que dan sustento a las resoluciones dictadas por el mismo.

A lo dicho, agregó que del examen efectuado no resulta tangible la arbitrariedad o ilegalidad esgrimida por la parte actora, toda vez que la administración ha seguido los pasos legales correspondientes, es decir que el acto recurrido cumple con todos los requisitos de fondo y forma exigidos por las normas aplicables, y se ha dado también cumplimiento al debido proceso adjetivo que involucra el derecho a ser oído, el de ofrecer y producir prueba, y el de obtener una decisión fundada.

Por todo lo expuesto, concluyó que la resolución impugnada en la presente causa cumple con todos los requisitos esenciales del acto administrativo, conforme dispone el artículo 7° de la ley 19.549 (competencia, causa, objeto, procedimiento, motivación y finalidad), dictada de conformidad con lo dispuesto en las leyes que rigen la materia y debidamente fundada tanto en antecedentes de hecho como de derecho.

III.- Que, contra lo así resuelto, el actor interpuso recurso de apelación en fecha 24/9/2024 y expresó agravios el 11/11/2024.

De la presentación antedicha se corrió traslado a la contraparte, la que lo contestó el 22/11/2024.

IV.- Que, en la citada presentación recursiva, el actor se quejó por cuanto sostuvo que la resolución de grado carece de motivación y adolece de vicios fundamentales.

Sobre el particular, citó doctrina que consideró aplicable al sub examine y recordó que la motivación: “es la manifestación externa de la causa, motivo y fin, no en el sentido de que sea un puro elemento formal, sino que revela externamente lo que el acto persigue. Esto es importante a efectos de las consecuencias de su infracción”, infracción que “permite desenmascarar un posible vicio de desviación de poder”, que “conduce a la ilegalidad por violación en la interpretación, por error en la constatación de los hechos y por error de Derecho” (conf. García - Trevijano Fos, José Antonio, “Los actos administrativos”, Civitas, Madrid, 1991, p. 150, 151 y 152)” (sic).

En otro orden, reflexionó sobre la teoría de la desviación de poder y postuló que ella se configura cuando un agente administrativo realiza un acto de su competencia, respetando en la mayor parte de las ocasiones las formas legales para ello, pero utilizando su poder con fines distintos de aquellos en vista de los cuales la autoridad le fuera conferida.

De ese modo destacó, tal como lo señala Tawil, que ello implica: “Un abuso de mandato o de derecho por parte del agente que puede darse no sólo en el

dictado de actos administrativos, sino también en el ejercicio de una potestad reglamentaria (...). Se trata siempre de una actuación inspirada en consideraciones ajenas al interés del servicio, teniendo en cuenta un interés público distinto al perseguido en ocasión de otorgarse la potestad, toda vez que en esas situaciones el acto deja de satisfacer (no obstante, su apariencia legal) la objetividad jurídica que motivó el nacimiento de la norma positiva (Tawil, Guido S., “Administración y justicia”, Depalma, Buenos Aires, 1993, P. 275 y ss.)” (sic).

Por ser ello así, aseveró que en el supuesto de autos se configura un supuesto de desviación de poder, ya que el acto impugnado solo busca el cobro compulsivo de aquello que no se debe, y ello revela un manifiesto apartamiento de la finalidad de la propia ley 11.683 en cuanto a la simplificación de las relaciones tributarias de los contribuyentes y demás responsables (y terceros) con la Administración.

Sostuvo, además, que ello permite observar una manifiesta contradicción entre, la letra y el espíritu de la ley 11.683 y la ponderación que de la misma efectúa el acto en crisis, en base a una resolución del Organismo Fiscal que no se encuentra firme ni ha pasado en autoridad de cosa juzgada, toda vez que desconoce radicalmente la facultad de su parte de poder explicar su situación fiscal.

En esta línea, concluyó que la conducta del Fisco viola en forma flagrante el derecho constitucional de propiedad de su parte (arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional).

Luego, citó doctrina y jurisprudencia que consideró aplicable al sub examine, y por tales argumentos, solicitó se revoque la sentencia en crisis y se haga lugar a la demanda deducida oportunamente, con costas.

V.- Que, con fecha 30/12/2024, se expidió el Sr. Fiscal General, en los términos a los que cabe remitir en atención a la brevedad.

VI.- Que cabe destacar que en el estudio y análisis de las posiciones de las partes, se seguirá el criterio trazado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que establece que los jueces no estamos obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan solo aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso con sustento en un pronunciamiento válido (cfr. C.S.J.N., Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; 278:271; 291:390; 297:140; 301:970, entre otros y, en sentido concordante, esta Sala, *in rebus*, “Luis A. Ducret y Cia. S.A. c/D.G.I.”, Expte. N° 11.354/2017, del 18/12/2018; “VZ Bath & Body S.A. (TF 36087-I) c/D.G.I.”, Expte. N° 12.109/2021, del 8/04/2022 y “Consultatio SA (TF 31752-I) c/D.G.I.” Expte. N° 25.194/2023, del 1/09/2023, entre muchos otros).

VII.- Que según surge de las constancias de la causa, el Sr. Rubén Alejandro Fernández Ramos se presenta promoviendo demanda contra el Estado Nacional -Administración Federal de Ingresos Públicos (A.F.I.P.) -Dirección Impositiva-, con el objeto de que se declare la nulidad de la notificación del Dictamen N° 1367/18 (DV REVB) y la Resolución N° 2641/2018 (PI CRSS) dictados por la A.F.I.P. en el Expediente N° 9675/2018, por los cuales se rechaza el recurso interpuesto en los términos del artículo 74, inc. primero, del Decreto N° 1397/79, reglamentario de la ley 11.683 (t.o. 1998 y modif.) y, en consecuencia, se

decrete que el plazo para interponer la presente demanda comenzó a correr desde el día 4 de julio de 2019, fecha en que el actor tomó vista espontáneamente y se notificó personalmente de las actuaciones mencionadas.

Asimismo, solicita la revocación de las mencionadas Resoluciones, con el fin que se deje sin efecto su exclusión del Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes (RS Monotributo) y se disponga su continuidad bajo dicho régimen.

VIII.- Que, en cuanto aquí importa, la ley 26.565 establece que: “Artículo 20.- Quedan excluidos de pleno derecho del Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes, los contribuyentes cuando: e) Adquieran bienes o realicen gastos, de índole personal, por un valor incompatible con los ingresos declarados y en tanto los mismos no se encuentren debidamente justificados por el contribuyente...”

A su turno, el artículo 21 del citado cuerpo legal, dispone que: “El acaecimiento de cualquiera de las causales indicadas en el artículo anterior producirá, sin necesidad de intervención alguna por parte de la Administración Federal de Ingresos Públicos (A.F.I.P.), la exclusión automática del régimen desde la cero (0) hora del día en que se verifique la misma, debiendo comunicar el contribuyente, en forma inmediata, dicha circunstancia al citado organismo, y solicitar el alta en los tributos —impositivos y de los recursos de la seguridad social— del régimen general de los que resulte responsable, de acuerdo con su actividad.

Asimismo, cuando la Administración Federal de Ingresos Públicos (A.F.I.P.), a partir de la información obrante en sus registros o de las verificaciones que realice en virtud de las facultades que le confiere la ley 11.683, texto ordenado en 1998 y sus modificaciones, constate que un contribuyente adherido al Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes (RS) se encuentra comprendido en alguna de las referidas causales de exclusión, labrará el acta de constatación pertinente —excepto cuando los controles se efectúen por sistemas informáticos—, y comunicará al contribuyente la exclusión de pleno derecho.

En tal supuesto, la exclusión tendrá efectos a partir de la cero (0) hora del día en que se produjo la causal respectiva. Los contribuyentes excluidos en virtud de lo dispuesto en el presente artículo serán dados de alta de oficio o a su pedido en los tributos —impositivos y de los recursos de la seguridad social— del régimen general de los que resulten responsables de acuerdo con su actividad, no pudiendo reingresar al régimen hasta después de transcurridos tres (3) años calendario posteriores al de la exclusión.

El impuesto integrado que hubiere abonado el contribuyente desde el acaecimiento de la causal de exclusión se tomará como pago a cuenta de los tributos adeudados en virtud de la normativa aplicable al régimen general” (destacado agregado).

IX.- Que, sentado lo anterior y sobre la base de los argumentos ensayados por el aquí recurrente, cabe recordar que esta Cámara ha preconizado reiteradamente que la expresión de agravios debe consistir —con arreglo a lo normado en el art. 265 y ccdes. del C.P.C.C.N.— en una crítica concreta y razonada del pronunciamiento apelado, y que dicha exigencia no se sustituye con una mera discrepancia con el cri-

terio del juzgador, sino que implica el estudio de los razonamientos de aquél, demostrando las equivocadas deducciones, inducciones y conjeturas sobre las cuestiones resueltas (cfr. en tal sentido, esta Sala, *in re*, “Falk, Gerardo Francisco Julio c/E.N. -Mº Defensa -Armada s/daños y perjuicios”, expte. Nº 15.291/05, del 13/03/12, entre muchos otros).

De ahí que se haya podido sostener que el memorial constituye un acto de petición, destinado específicamente a desvirtuar la sentencia recurrida, con el fin de obtener su revocación o modificación parcial por el Tribunal revisor (cfr. esta Sala, *in re*, “Falk” precedentemente citado).

A su vez, la exigencia concerniente a la crítica concreta se refiere a la precisión que implica señalar específicamente el agravio vertido, mientras que el requerimiento de que aquélla sea razonada, alude a los fundamentos, bases y sustanciaciones del recurso, el cual debe demostrar en qué reside el desacierto del razonamiento contenido en la sentencia que se impugna (conf., en sentido concordante, Fenochietto, Carlos Eduardo - Arazi, Roland, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado”, T.1, Astrea, Buenos Aires, 1983, pp. 834/837; en igual sentido, esta Sala, en fallo citado).

De este modo, y tal como se ha reiterado en el plano jurisprudencial, la operación de criticar es muy distinta a la de disentir, puesto que la crítica debe significar un ataque directo y pertinente a la fundamentación del fallo, con miras a demostrar los errores jurídicos y fácticos que éste pudiere contener; y, por el contrario, disentir implica meramente exponer que no se está de acuerdo con la sentencia (cfr. esta Sala, *in re*, “Oro, Guillermo Alberto y otros c/E.N. -D.I.E. -Dto. 2769/93”, del 14/02/12; entre otros).

X.- Que, sentado ello, de la lectura del escrito recursivo se desprende que la parte actora, por un lado, no solo omitió exponer argumentación alguna tendiente a desvirtuar la conclusión a que arribó la Sra. Jueza de grado en orden a la legitimidad del acto impugnado, sino que se limitó a manifestar que: “el acto impugnado solo busca el cobro compulsivo de aquello que no se debe, y ello revela un manifiesto apartamiento de la finalidad de la propia ley 11.683 en cuanto a la simplificación de las relaciones tributarias de los contribuyentes y demás responsables (y terceros) con la Administración” (*sic*), más sin refutar con argumentos relevantes la conclusión a la que arribara la Sra. Magistrada de la anterior instancia, en cuanto a que los gastos realizados por el contribuyente no resultaban compatibles con el máximo de ingresos de la categoría en la cual se encontraba inscripto.

Asimismo, no aportó en esta instancia elemento alguno que amerite interpretar los antecedentes determinantes del dictado del acto, de un modo diverso al que fuera efectuado en la instancia anterior (cfr. en sentido concordante, esta Sala, *in rebus*: “Varela, Fernando Gastón y otros c/E.N. -Mº Seguridad - P.N.A.”, expte. Nº 33.660/17, del 10/9/2019 y “Moscovich, Vanina Yael c/E.N. - A.F.I.P. s/Dirección General Impositiva”, expte. nº 8218/20, del 9/3/2022); pues lo real y concreto es que en modo alguno fue siquiera controvertido el supuesto de hecho en que se sustenta la decisión de excluir al actor del régimen del monotributo.

En tales condiciones, cabe concluir que el escrito recursivo ciertamente omite refutar los concretos

fundamentos que sostienen la decisión apelada, debiendo destacarse que —tal como lo advirtió la Magistrada de la instancia anterior— la exclusión de pleno derecho del régimen simplificado fue dictada por aplicación del principio hermenéutico establecido en el inciso e), del artículo 20, del Anexo de la ley 26.565, con base en los extremos comprobados por la verificación llevada a cabo por el ente fiscal y tales fundamentos no fueron eficazmente rebatidos por el contribuyente.

XI.- Que, sentado lo anterior cabe también tener presente la vigencia irrestricta del principio que indica que los actos administrativos gozan de la denominada presunción de legitimidad (cfr. art. 12 de la ley 19.549 y modificatorias y esta Sala, *in re*, “LDC Argentina S.A. c/D.G.I.”, Expte. Nº 91.325/2017, del 3/05/2018, entre muchos otros).

En tal sentido, corresponde señalar que la presunción implica la suposición de que el acto administrativo ha sido dictado con arreglo a las normas jurídicas que debieron condicionar su emisión. Así la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado que la presunción permite inferir que toda la actividad de la Administración guarda conformidad con el ordenamiento jurídico, lo cual subsiste en tanto no se declare lo contrario por el órgano competente (cfr. Fallos: 319:1476, *in re*, “Alcántara Díaz Colodrero, Pedro”, del 20/08/1997, entre otros).

En palabras de Bartolomé Fiorini, el fundamento de este carácter deriva de la presunción general de validez que acompaña a los actos estatales: a toda ley se la presume constitucional, a toda sentencia se la considera válida, y a todo acto de la Administración se lo presume legítimo (cfr. autor citado, “Derecho Administrativo”, Bs.As., Abeledo-Perrot, 1976, 2da. edición, t. I, p. 348). A lo que cabe agregar que la revisión judicial de los actos concurre para enervar la presunción y, en todo caso, ello significa que la presunción puede ser desvirtuada ante un tribunal (cfr. Comadira, Julio R. -Monti, Laura M., colaboradora, “Procedimientos Administrativos”, Bs.As., La Ley, t. I, pp. 231/232 y sus citas).

Es en razón de la vigencia de la citada norma y principio, es que le correspondía a la parte actora, en ejercicio de su derecho de contradicción, ofrecer y producir prueba conducente a fin de derribar la presunción de legitimidad y evidenciar los pretendidos errores que afectarían a los actos administrativos impugnados (cfr. art. 377 del C.P.C.C.N. y esta Sala, en autos: “Ostry, Silvia Beatriz c/D.G.I.”, Expte. Nº 67.852/2020, del 18/06/2020, entre otros).

En tal orden de consideraciones, no se observa —siquiera mínimamente— que la presunción de legitimidad de las resoluciones impugnadas haya sido controvertida o cuestionada al punto que permita a este Tribunal modificar lo decidido en la instancia judicial anterior y administrativa previa.

En tal sentido, cabe referir que conforme surge del análisis efectuado hasta omite refutar los concretos fundamentos aquí, no se observa la pretendida ilegalidad predicada por el actor; motivo por el cual, corresponde desestimar los agravios expresados en tal sentido dejando constancia que —como quedara dicho más arriba— el Tribunal se no encuentra obligado a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino solo aquellas que considere conducentes para la solución del caso.

XII.- Que, sentado lo anterior, se observa que el planteo recursivo no aporta nuevos elementos, como así tampoco demuestra de manera concreta y puntual los errores o desviaciones en que habría incurrido el decisorio cuestionado.

Al respecto es relevante poner de manifiesto que el argumento central con base en el cual se desestimó su planteo recursivo en sede administrativa, y que por cierto tiene sustento en la situación configurada al momento del dictado del dispositivo de exclusión, que radica en el hecho de no haber justificado el origen de la totalidad del dinero utilizado para la adquisición del vehículo marca Volkswagen modelo Todo Terreno Tiguan 2.0 TSI 4 Motion año 2011, dominio JUN587.

En tales condiciones, es por demás evidente que las circunstancias de hecho consideradas por la autoridad administrativa al emitir el decisorio objetado, justificaron el temperamento adoptado con base en los ingresos efectivamente registrados por el actor, sin que, para dicha oportunidad, se verificase la existencia de otro factor susceptible de modificar el monto comprobado; por manera que el acto se ajustó a los antecedentes existentes al momento de su dictado —aquí referenciados—, no advirtiéndose por lo mismo, vicio alguno en su causa (cfr. esta Sala, *in re*: “Brandolini, Carlos Fernando c/A.F.I.P. -D.G.I. s/Dirección General Impositiva”, expte. nº 12.207/2020, resolución del 4/02/2025).

Por ser ello así, cabe concluir que no solo no se han aportado nuevos y relevantes elementos a los ya tenidos en cuenta en el marco de la tramitación administrativa, sino que como se ha visto, el actor no ha ensayado una crítica concreta y razonada del pronunciamiento apelado —en los términos de lo establecido en los artículos 265 y concordantes del C.P.C.C.N. — con virtualidad suficiente a efectos de habilitar, por parte de este Tribunal, la revisión del decisorio apelado; motivo por el cual corresponde desestimar las manifestaciones vertidas en el memorial, no resultando necesaria la formulación de consideraciones adicionales.

Por lo expuesto, el Tribunal *resuelve*: 1º) desestimar la apelación interpuesta por la parte actora, en los términos de los considerandos que anteceden, confirmando la sentencia recurrida, y 2º) imponer las costas de esta instancia a cargo de la vencida (art. 68, primera parte, del C.P.C.C.N.).

Regístrese, notifíquese y devuélvase. — José L. López Castiñeira. — María C. Caputi. — Luis M. Márquez.

Sucesión

Acumulación de procesos. Procedencia.

La acumulación de las denominadas *sucesiones vinculadas*, al margen de lo dispuesto por el art. 696 del CPCyC, solo es procedente cuando existe identidad de herederos y de masa hereditaria, medien poderosas razones de economía procesal que así lo aconsejen o existan diligencias pendientes en ambas sucesiones que, dados los extremos citados, resulte conveniente realizarlos en conjunto, para evitar el dispendio de actividad jurisdiccional.

CNCiv., sala D, 05/03/2025. - Lodeiro, Carmen s/Sucesión *ab intestato*.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/16225/2025]

Jurisprudencia vinculada

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 10/10/2023, "Alfaro, Osvaldo Dante s/art. 250 C.P.C. – incidente civil", TR LALEY AR/JUR/132412/2023.
Cámara 6a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 18/02/2020, "Pautassi, Luis Víctor s/ declaratoria de herederos", TR LALEY AR/JUR/14506/2020

2ª Instancia. - Buenos Aires, 5 de marzo de 2025.

Considerando:

I. La providencia dictada el 23/10/2024 (fs. 19), en virtud de la cual el *a quo* hizo saber el juez que va a conocer para intervenir en estos obrados, fue recurrida por la peticionante, hija de la causante, conforme apelación en subsidio presentada el 25/10/2024 (fs. 22/23). Mantenido la decisión de grado el día 16 de octubre de 2024 (fs. 38), resta analizar el recurso pendiente.

Con el memorial presentado el 07/11/2024 (fs. 25/27) se tuvo por fundado el recurso. La apelante fundamenta que debe revocarse el decisorio en crisis en atención a que, por una cuestión de economía procesal, corresponde la prórroga de la jurisdicción y la tramitación conjunta de estas actuaciones junto con los autos: "López, Manuel s/Sucesión *ab intestato* (Expte. N°83.902/1999)".

Destaca que la conexidad pretendida se funda en que el Sr. Manuel López, resultó ser el cónyuge de la aquí causante y padre de la peticionante, existiendo identidad de herederos. Asimismo refiere que, si bien en los autos antes mencionado se ha realizado partición, por el momento no se ha ordenado la inscripción de la totalidad de los bienes, encontrándose pendientes de realización ciertos trámites.

Entiende que su pretensión resulta pertinente a efectos de evitar un dispendio jurisdiccional y que, a futuro, la inscripción de los bienes sea más eficiente.

Por su parte, se integra la cuestión con el dictamen del Señor Fiscal de Cámara, propiciando la revocación del decisorio recurrido.

II. En primer lugar, corresponde precisar que la acumulación de las denominadas sucesiones vinculadas, al margen de lo dispuesto por el art. 696 del Cód. Procesal, sólo es procedente cuando existe identidad de herederos y de masa hereditaria, o cuando medien poderosas razones de economía procesal que así lo aconsejen, cuando existan diligencias pendientes en ambas sucesiones que, dados los extremos citados resulte conveniente realizarlos en conjunto, para evitar el dispendio de actividad jurisdiccional (conf. CNCiv., Tribunal de Superintendencia, "G, L. s/ Sucesión *ab intestato*" del 20-04-94).

Al respecto, corresponde resaltar que la reiterada jurisprudencia que admite la acumulación en estudio encuentra sustento en poderosas razones de economía procesal que aconsejan hacerlo cuando aún quedan pendiente de cumplimiento determinadas



Renovada edición 2025

Programa de Actualización en Abogacía Corporativa 2025

Derecho Globalizado y Digital: Desafíos y Oportunidades en los Departamentos Jurídicos de las Empresas

Vení a profundizar en las oportunidades y desafíos de la globalización y digitalización en el ámbito legal con nuevos temas para este 2025

- Incentivos a la inversión en Argentina
- Financiación de empresas a través del mercado de capitales
- Transformación digital para abogados
- Contratos electrónicos y prueba electrónica ¡y más!

Sin olvidar los temas de base indispensables para crecer y avanzar en el mundo corporativo.



Inicio: en abril de 2025.
Modalidad: online.



Dirección:
Diego F. Martinotti



Conocé más:

¡Inscríbete y pagá en cuotas sin interés!



diligencias que, por la comunidad de bienes, es posible realizar en forma conjunta, con el consiguiente ahorro de trámites y gastos. Sin embargo, si se inscribió la declaratoria de herederos o el testamento y su aprobación en el registro de propiedad no se configuran las razones de economía procesal antes aludida (conf. Medina, Graciela, "Proceso Sucesorio", Tº 1, págs. 93/94, Ed. Rubinzal-Culzoni).

Asimismo, incluso se ha resuelto que, aunque la calidad de los causantes y sucesores resulte diversa, si existe identidad, aun parcial, de acervo a transmitir, razones de orden práctico, entidad de los bienes involucrados, cuestiones de economía procesal y

seguridad jurídica, justifican la concentración de los procesos ante un mismo juez con el correspondiente desplazamiento de la competencia (conf. CNCiv. Sala J "L.C.A. s/ suc. *ab intestato*", 17/10/2024).

En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha inclinado por aceptar el desplazamiento de un proceso sucesorio a favor de otro magistrado con fundamento en la conveniencia de concentrar ante un solo tribunal las cuestiones atinentes a la transmisión del patrimonio hereditario común (Fallos: 330:1629, "Pirelli"; entre otros), criterio que incluso ha ratificado en varias ocasiones con su actual composición (CSJ 1707/2018/CS1, "V, L. M. s/Suce-

sión *ab intestato*”, sentencia del 09 de abril de 2019; CNCiv., Sala “I”, Expte. n°18.539/2021, “C., S. M. y otros s/Sucesión Abintestato”, del 12/07/2021).

Ahora bien, ponderando que de la compulsa de la presente sucesión, del sucesorio de Manuel López (Expte. N°83902/1999) y de los autos sobre partición de herencia seguido entre las Sras. Adriana y María Teresa López Lodeiro (Expte. N°3078/2005), surge que existen bienes coincidentes en los acervos hereditarios denunciados —encontrándose algunos pendientes de inscripción— y sumado a que las herederas son las mismas en ambos procesos, es a todas luces conveniente que un mismo juez entienda en la división y liquidación de los bienes comunes, por lo que corresponderá hacer lugar a la conexidad pretendida.

Tal como señala el Sr. Fiscal de Cámara en el punto 4) de su dictamen, si bien en el proceso sucesorio del Sr. Manuel López se presentó una partición, aún estarían pendientes de inscripción ciertos bienes, como también —por ejemplo— resolver cuestiones referi-

das a la entrega de fondos a la aquí causante, en su carácter de cónyuge supérstite del nombrado.

Desde esta perspectiva, el Tribunal considera que, en el caso, se verifican los motivos de economía procesal que aconsejan el pretendido desplazamiento por conexidad, al existir identidad de bienes y diligencias comunes a realizar respecto de ellos. Así se lo ha decidido, aun cuando en el proceso sucesorio anterior se hubiera ordenado la inscripción de la declaratoria de herederos y del acuerdo particional, si no existen constancias que acrediten que todo ello se hubiera llevado a cabo (conf. CNCiv., Trib. de Sup., *in re* “De Amezola, Martín José s/sucesión”, del 26/04/2017).

Consecuentemente, teniendo en cuenta lo expuesto en torno a las importantes razones de orden práctico y economía procesal que aconsejan su tramitación conjunta, y ante la necesidad de mantener la unidad de criterio, en concordancia con el Sr. Fiscal de Cámara, estimamos aconsejable que los procesos sucesorios tramiten por ante el Juzgado Nacional

en lo Civil n° 66, de modo tal que las cuestiones que eventualmente se susciten sean planteadas y resueltas por el mismo juez, ya que la decisión que pudiere recaer en una de las sucesiones podría tener efectos sustanciales sobre la restante (conf. arg. artículo 188 del CPCCN).

En su mérito, el Tribunal *resuelve*: Revocar la providencia del 23/10/2024 (fs.19), disponiendo que el presente sucesorio tramite en esta jurisdicción, junto con los autos “Manuel López s/Sucesión *ab intestato* (Expte. N°83902/1999)”, radicados por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n°66. Las costas se imponen por su orden en función de la ausencia de controversia (arts. 68 y 69 CPCC). Hágase saber que esta sentencia será enviada al Centro de Información Judicial a los fines de su publicación en los términos de la ley 26.856, su Dec. Reglamentario N° 894/13 y las acordadas 15/13 y 24/13 CSJN. Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase. Se deja constancia que la Vocalía N°11 se encuentra vacante. — *Maximiliano L. Caia.* — *Gabriel G. Roller.*

Edictos

El Juzgado Nacional de 1ª Inst. en lo Civ. y Com. Fed. N° 11, Secretaría N° 22, sito en Libertad 731, 7º Piso, de esta Capital, hace saber que ROBERTH JR GIL BAPTISTA, cuyo DNI es el N° 96.319.777, nacido en La Paz, Provincia Murillo, Bolivia, ha solicitado la ciudadanía argentina. Quien conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá comunicarlo a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días, en un lapso de quince días.

Buenos Aires, 7 de marzo de 2025
Alejandro J. Nóbili, juez fed.
LA LEY: I. 07/04/25 V. 07/04/25

El Juzgado Nacional de 1ª Inst. en lo Civ. y Com. Fed. N° 11, Secretaría N° 21, sito en Libertad 731, 7º piso, de esta Capital, hace saber que KIRILL DMITRIEV, cuyo pasaporte es el N° 77 0902975, nacido en Dedovichsky - Rusia, ha solicitado la ciudadanía argentina. Quien conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá comunicarlo a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días, en un lapso de quince días.

Buenos Aires, 27 de febrero de 2025
Alejandro J. Nóbili, juez fed.
LA LEY: I. 07/04/25 V. 07/04/25

El Juzgado Nacional de 1ª Inst. en lo Civ. y Com. Fed. N° 11, Secretaría N° 22, sito en Libertad 731, 7º piso, de esta Capital, hace saber que EMILY DEL VALLE GUACARAN MORALES, cuyo DNI es el N° 95778.618, nacida en Puerto Ordaz, Venezuela, ha solicitado la ciudadanía argentina. Quien conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá comunicarlo a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días, en un lapso de quince días.

Buenos Aires, 12 de marzo de 2025
Alejandro J. Nóbili, juez fed.
LA LEY: I. 07/04/25 V. 07/04/25

El Juzgado Nacional de 1ª Inst. en lo Civ. y Com. Fed. N° 11, Secretaría N° 21, sito en Libertad 731, 7º piso, de esta Capital, hace saber que JULIO CÉSAR ARIAS BASTARDO, cuyo DNI es el N° 95.927.004, nacido en Guarico - Venezuela, ha solicitado la ciudadanía argentina. Quien conozca algún impe-

dimento para la concesión del beneficio, podrá comunicarlo a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días, en un lapso de quince días.

Buenos Aires, 7 de marzo de 2025
Alejandro J. Nóbili, juez fed.
LA LEY: I. 07/04/25 V. 07/04/25

El Juzgado Nacional de 1ª Inst. en lo Civ. y Com. Fed. N° 11, Secretaría N° 22, sito en Libertad 731, 7º piso de esta Capital, hace saber que la Sra. DINA LOTTY NÚÑEZ LINGAN cuyo DNI es el N° 94.209.324, de nacionalidad peruana, ha solicitado la ciudadanía argentina. Quien conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá comunicarlo a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días, en un lapso de quince días.

Buenos Aires, 10 de abril de 2023
Laura Gabriela Sendón, sec.
LA LEY: I. 07/04/25 V. 07/04/25

El Juzgado Nacional de 1ª Inst. en lo Civ. y Com. Fed. N° 11, Secretaría N° 21, sito en Libertad 731, 7º piso, de esta Capital, hace saber que EKATERINA VY-SOTSKAIA, cuyo pasaporte es el N°: 76 4330838, nacida en Ciudad de Novosibirsk - Rusia, ha solicitado la ciudadanía argentina. Quien conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá comunicarlo a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días, en un lapso de quince días.

Buenos Aires, 20 de marzo de 2025
Alejandro J. Nóbili, juez fed.
LA LEY: I. 07/04/25 V. 07/04/25

4846/2024. ARTEAGA CABALLERO, ANA LAURA s/SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA. El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 2, Secretaría N° 4 a mi cargo, de Capital Federal, informa que ARTEAGA CABALLERO, ANA LAURA, DNI N° 95432778, boliviana, solicitó la declaración de Carta de Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá hacerlo saber a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días.

Buenos Aires, 14 de febrero de 2025
Constanza Belén Francingues, sec.
LA LEY: I. 07/04/25 V. 07/04/25

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 7, a cargo del Dr. Javier Pico Terrero, Secretaría N° 13, a mi cargo, sito en Libertad 731 piso 6º de CABA, comunica que KAMAROVA SVETLANA DNI N° 96.410.636, con fecha de nacimiento 28 de febrero de 1999, en Ciudad de Moscú, Moscú, Rusia, ha solicitado la declaración de la ciudadanía argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiere obstar dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. El presente se publica a los efectos del art. 11 de la ley 346. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días.

Buenos Aires, 26 de febrero de 2025
Fernando Gabriel Galati, sec.
LA LEY: I. 07/04/25 V. 07/04/25

El Juzgado Nacional de 1ª Inst. en lo Civ. y Com. Fed. N° 11, Secretaría N° 21, sito en Libertad 731, 7º piso, de esta Capital, hace saber que KONSTANTIN BOGOMOLOV, cuyo Pasaporte es el N° 550774383, nacida en Ciudad de Moscú-Rusia, ha solicitado la ciudadanía argentina. Quien conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá comunicarlo a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días, en un lapso de quince días.

Buenos Aires, 26 de febrero de 2025
Alejandro J. Nóbili, juez fed.
LA LEY: I. 07/04/25 V. 07/04/25

El Juzgado Nacional de 1ª Inst. en lo Civ. y Com. Fed. N° 11, Secretaría N° 22, sito en Libertad 731, 7º piso, de esta Capital, hace saber que JIANYU LU, cuyo DNI es el N° 93.801.507, nacida en Shanghai, China, ha solicitado la ciudadanía argentina. Quien conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá comunicarlo a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días, en un lapso de quince días.

Buenos Aires, 6 de marzo de 2025
Alejandro J. Nóbili, juez fed.

LA LEY: I. 07/04/25 V. 07/04/25

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 7, a cargo de Dr. Javier Pico Terrero, Secretaría N° 14, a mi cargo, sito en Libertad 731, 6º piso de la Capital Federal, comunica que el Sr. CHUNG HSIUNG LIN con DNI N° 92.459.006, nacido el 6 de agosto de 1969 en Taitung, Taiwán, ha solicitado la declaración de la ciudadanía argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiere obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. El presente se publica a los efectos del art. 11 de la ley 346. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días.

Buenos Aires, 2 de diciembre de 2024
Carlos Mallo, sec.
LA LEY: I. 07/04/25 V. 07/04/25

El Juzgado Nacional de 1ª Inst. en lo Civ. y Com. Fed. N° 11, Secretaría N° 22, sito en Libertad 731, 7º piso, de esta Capital, hace saber que ORIANA ANDREA BRUGES VANEGAS, cuyo DNI es el N° 95.143.535, nacida en Municipio Santa Fe de Bogotá, Departamento Cundinamarca, Colombia, ha solicitado la ciudadanía argentina. Quien conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá comunicarlo a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días. en un lapso de quince días.

Buenos Aires, 11 de marzo de 2025
Alejandro J. Nóbili, juez fed.
LA LEY: I. 07/04/25 V. 07/04/25

El Juzgado Nacional de 1ª Inst. en lo Civ. y Com. Fed. N° 11, Secretaría N° 22, sito en Libertad 731, 7º piso, de esta Capital, hace saber que LUIS ALFREDO CANACHE YRIGOYEN, cuyo DNI es el N° 95.812.402, nacido en Barcelona, Anzoategui, Venezuela, ha solicitado la ciudadanía argentina. Quien conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá comunicarlo a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días, en un lapso de quince días.

Buenos Aires, 11 de marzo de 2025
Alejandro J. Nóbili, juez fed.
LA LEY: I. 07/04/25 V. 07/04/25

El Juzgado Nacional de 1ª Inst. en lo Civ. y Com. Fed. N° 11, Secretaría N° 21, sito en Libertad 731, 7º piso, de esta Capital, hace saber que MARIANA CORMOTO RIVAS CURIEL, cuyo DNI es el N° 95.707.334, nacida en Distrito Capital Venezuela, ha solicitado la ciudadanía argentina. Quien conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá comunicarlo a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días, en un lapso de quince días.

Buenos Aires, 27 de febrero de 2025
Alejandro J. Nóbili, juez fed.
LA LEY: I. 07/04/25 V. 07/04/25

Ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, Secretaría N° 19, sito en Libertad 731 9º piso de esta ciudad, tramita el pedido de ciudadanía argentina del Sr. ANDREI ROMASHIKHIN de nacionalidad RUSA con PAS 764267278 según el expediente “ROMASHIKHIN, ANDREI s/ SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA” Exp. N° 21715/2024. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días

Buenos Aires, 26 de febrero de 2025
María Lucila Koon, sec.
LA LEY: I. 04/04/25 V. 07/04/25

Ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, Secretaría N° 20, sito en Libertad 731 9º piso de esta ciudad, tramita el pedido de ciudadanía argentina del Sr. EMIN SADYKHOV de nacionalidad rusa con DNI 96.431.171 según el expediente “SADYKHOV, EMIN s/ SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA” Exp. N° 22685/2024. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 17 de marzo de 2025
Matías M. Abraham, sec.
LA LEY: I. 04/04/25 V. 07/04/25

Director Editorial: Fulvio G. Santarelli
Jefa de Redacción: Yamila Cagliero

Editores: Nicolás R. Acerbi
Valderrama
Jonathan A. Linovich
Ana Novello

Elia Reátegui Hehn
Érica Rodríguez
Marlene Slattery

PROPIEDAD DE LA LEY S.A.E. e I.

Administración, Comercialización y Redacción:
Tucumán 1471 (C. P. 1050 AAC)
Bs. As. República Argentina
Impreso en La Ley, Rivadavia 130, Avellaneda,
Provincia de Buenos Aires.



Thomsonreutersley



TRLA Ley



linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/



thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-legales/blog-legal.html



Centro de atención
al cliente:
0810-266-4444