

Las leyes de violencia y su impacto en los vínculos parento filiales. ¿Protección o desamparo?

Por Andrés Beccar Varela

Sumario: I. Punto de partida. La relevancia del vínculo parento filial en la construcción de la identidad y del equilibrio emocional de toda persona. II. Soporte legal y convencional que ampara el vínculo parento filial. III. Vinculaciones entre el derecho a la comunicación parento filial y las leyes de violencia. IV. Errores en la aplicación de las leyes de violencia. V. Los Juzgados de Familia como “usinas” generadoras de cortes de vínculo parento filiales. VI. Recomendaciones orientadas a evitar que se sigan dictando cortes de vínculo parento filiales injustificados en los procesos de violencia. VII. Conclusión

I. Punto de partida. La relevancia del vínculo parento filial en la construcción de la identidad y del equilibrio emocional de toda persona

Las ideas que se vuelcan en este trabajo se cimientan en un **presupuesto básico y elemental** que parte de considerar al **vínculo parento filial como una relación afectiva primordial**, que es esencial en la construcción de la **identidad** y, por lo tanto, del equilibrio **emocional** de cada individuo.

A partir del nacimiento de un hijo, comienza en ese neonato un proceso vital de estructuración del psiquismo que se va a ir consolidando con el correr de los años hasta alcanzar la adultez. La calidad del vínculo afectivo que ese hijo tenga con sus progenitores, sus referentes primarios, influirá de manera categórica en la forma en que ese niño o adolescente se percibirá asimismo y en el modo en que forjará su autoestima, que es un aspecto fundamental de la personalidad.

Existe una íntima conexión o correlación entre la identidad y la autoestima.

La interacción del niño con sus dos progenitores es el material con el que el yo se va estructurando su patrimonio. Es el sentido de la construcción de sí mismo. Su déficit o carencia, en su desarrollo es a ese yo como lo serían, para su cerebro, el déficit de proteínas o, para sus huesos, el déficit de calcio en su dieta.¹

¹ DIAZ USANDIVARAS, Carlos; “*Algunas reflexiones sobre el Derecho de Visitas desde la Visión de un Terapeuta Familiar.*” Cuaderno Jurídico de Familia N° 61, mayo 2015 - Ed. El Derecho Buenos Aires Universidad Católica Argentina

La autoestima se construye desde la infancia y en su formación tiene muchísimo que ver el entorno familiar en el cual el hijo nace y se desarrolla. Para desplegar una buena autoestima es imprescindible una relación empática, de disponibilidad, de afecto, de protección de parte de los progenitores ².

Al fomentar un vínculo afectivo sano desde temprana edad con ambos progenitores, los niños y las niñas podrán crecer sintiéndose valiosos, amados y seguros de sí mismos. Esto garantizará relaciones futuras basadas en la confianza, les dará fuerza para enfrentar desafíos y les ayudará a manejar la frustración, desarrollando la resiliencia necesaria para superar las dificultades que se presenten a lo largo de su vida.

Por ello es que la sana interacción de los hijos con sus dos progenitores hace a la correcta **estructuración del psiquismo del niño**; a su autoestima personal; a generarle confianza en el mundo; a prevenirlo contra disfunciones y patologías psíquicas; en suma, a no quedar desnutridos en el desarrollo de su identidad al perder la mitad de su linaje.³

Por el contrario, cuando existe un déficit relacional con uno de los progenitores, la identidad es causa de baja autoestima, origen de toda clase de disfunciones y patologías psíquicas.⁴

II. Soporte legal y convencional que ampara el vínculo parento filial

Tan importante es el vínculo parento filial que éste se encuentra claramente protegido en nuestro ordenamiento jurídico, erigiéndose en un principio fundamental. Veamos:

El art. 9.3 de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN) expresa: *“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”*.

Dada la extensión de la formulación de este derecho, bien podría sintetizarse como el **derecho de todo niño a mantener estrecho vínculo con ambos progenitores**.

² ABADI, José Eduardo; “Un superpoder que se aprende en la niñez”, <https://www.lanacion.com.ar/salud/mente/autoestima-un-superpoder-que-se-aprende-en-la-ninez-nid15072023/>

³MIZRAHI, Mauricio L. – HERSCOVISCI, Pedro – DIAZ USANDIVARAS, Carlos M., *“Niños y adolescentes atrapados en graves conflictos parentales. Una visión interdisciplinaria”*, “La Ley” 26-4-2019, AR/DOC/872/2019

⁴ DIAZ USANDIVARAS, Carlos; *“Algunas reflexiones ... ob. cit.*

El art. 18.1 de la CDN afirma que *“Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”*.

El vínculo que aquí se protege aparece más identificado con el derecho a la coparentalidad –íntimamente conectado con el derecho a mantener estrecho vínculo con ambos progenitores- el que se puede conceptualizar como el derecho de todo niño, niña o adolescente (en adelante, NNA) a tener a sus dos progenitores presentes en su vida, en su protección, desarrollo y en su formación integral. Dicho de otro modo, significa el derecho que todo NNA tiene a que los derechos y deberes que emanan de la responsabilidad parental a la cual está sujeto, sean ejercidos por ambos progenitores.⁵

En la misma línea, el art. 10.2 del citado tratado internacional determina que *“el niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrán derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, **relaciones personales y contactos directos con ambos padres**”* para lo cual se establece la obligación de los Estados de respetar los derechos del niño y de los padres a salir de cualquier país, *“incluido el propio, y de entrar en su propio país”*.

Por otra parte, la ley 23.857 aprobó el **Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, firmado en La Haya**, el 25 de octubre de 1980; siendo de destacar su art. 21, el cual establece que *“una demanda que tenga como fin la organización o la **garantía del ejercicio efectivo de los derechos de visita** podrá presentarse a las autoridades centrales de los Estados contratantes, en la misma forma que la demanda para la restitución del menor”*.

A su vez, el art. 21 de la **Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores** (Montevideo, 15/07/1989) contiene una disposición similar a la Convención de La Haya recién apuntada; pues la mencionada norma establece que la solicitud para *“**hacer respetar el ejercicio de los derechos de visita**”* podrá ser dirigida *“a las autoridades competentes de cualquier Estado parte”*, y que *“el procedimiento respectivo será el previsto en esta Convención para la restitución del menor”*.

A su turno, en el preámbulo de la **Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer** –conocida por sus siglas en inglés como **CEDAW**- se resalta la importancia social de la maternidad y la función de los padres en la familia y que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres.

En consonancia con ello, el art. 5, en su apartado b) establece que los **Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para “Garantizar que la**

⁵ GROISMAN, Eliana – BECCAR VARELA, Andrés; *“Incidencias del COVID-19 en Derecho de Familia”*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2020, pág. 19

educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos” y el art. 16, en su inc. 1 apartado d, que los Estados partes asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres “*los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos*”.

Este **derecho a la coparentalidad** se ha expresado elocuentemente en nuestro derecho local.

En efecto, el segundo párrafo del art. **7º de la ley 26.061 establece que el padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, el desarrollo y la educación integral de sus hijos.**

Adviértase la íntima conexión que este derecho a la coparentalidad tiene con el derecho a mantener estrecho vínculo con ambos progenitores, pues es obvio que el primero no puede ejercerse si no se cumple el segundo.

El art. 11 de la citada ley dispone que los niños tienen derecho “*al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares*”, **estableciendo que los organismos del Estado deben facilitar el “encuentro o reencuentro familiar”**

A su vez, el art. 641, inc. b) del Código Civil y Comercial (en adelante CCyC) establece que el ejercicio de la responsabilidad parental, en casos de falta de convivencia entre los progenitores, corresponde a ambos. Se consagra, entonces, el principio del ejercicio de la responsabilidad parental conjunta o dual, cuando no existe convivencia de los progenitores o ha operado la finalización de esa convivencia (por la causa que fuere) en la hipótesis de haber existido.

Esta responsabilidad dual supone, como ya se dijo, un estrecho vínculo paterno-materno-filial.

Todo este soporte legal y convencional da cuenta de la trascendencia que tiene el estrecho y sano vínculo parento filial para el adecuado desarrollo y crecimiento de todo NNA. Se trata de un **derecho esencial y fundamental.** A tal punto que su obstrucción, constituye una **conducta antijurídica punible**, encuadrable en la **figura penal del impedimento de contacto previsto por la ley 24.270⁶.**

Repasando los argumentos que sustentaron el nacimiento de la mencionada ley 24.270 puede advertirse que la iniciativa que concluyó con su sanción se fundó, básicamente, en la voluntad de llenar un vacío legal (laguna normativa)

⁶ BECCAR VARELA, Andrés, “*El abuso de la denuncia de violencia*”; DFyP 2020 (agosto), 18/08/2020, 187; Cita Online: AR/DOC/2399/2020

mediante la sanción de disposiciones legales que permitirán castigar las conductas de quienes impiden u obstruyen el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes, **perjudicando así una adecuada estructuración del psiquismo del niño que solo se logra con el contacto afectivo de este con ambos progenitores.**⁷

III. Vinculaciones entre el derecho a la comunicación parento filial y las leyes de violencia⁸

La celeridad con la que se dictan las medidas cautelares en los procesos de violencia constituye sin lugar a duda un logradísimo acierto porque le brinda al justiciable que realmente padece una situación de violencia, sin costo alguno, una respuesta inmediata y muchas veces eficaz frente al conflicto planteado. La tutela judicial efectiva en esta clase de procesos se verifica en su mejor expresión cuando realmente existe violencia.

Pero a su vez, es preocupante observar cómo muchas veces se abusa de este medio, ya sea acudiendo a él para obtener otros fines ajenos a su verdadero propósito o porque se dictan medidas con extremada liviandad o ligereza, que conducen a situaciones injustas que terminan provocando mayores males que los que se pretenden evitar o hacer cesar.⁹

La mala aplicación de las leyes de violencia es, sin duda, uno de los principales factores que contribuye a facilitar o favorecer este uso abusivo, provocando así otras formas de violencia.

Analicemos qué vinculaciones o puntos de conexión tiene el derecho fundamental a la comunicación parento filial –mejor expresado como el **derecho al encuentro parento filial**- con las leyes de violencia.

III.1 Primer punto de conexión

Se puede afirmar que el impedimento de ese encuentro o comunicación, o su obstrucción, constituye una de las formas más crueles de ejercer violencia familiar en perjuicio del NNA.

En este sentido, autorizadas voces han dicho que esta conducta configura una de las más graves formas de violencia familiar, mediante la cual se configura un

⁷ AROCENA A. Gustavo; *“El delito de impedimento de contacto de menores con padres no convivientes”*, en *“Régimen Comunicacional. Visión doctrinaria”*, dirigido por Fabian Eduardo Faraoni, Edith Lelia Ramacciotti y Julia Rossi; Ed. Nuevo Enfoque Jurídico, pág. 524

⁸ Es importante aclarar que cuando mencionamos a las leyes de violencia, nos estaremos refiriendo específicamente a las leyes nacionales 26.485 y 24.417, así como a la ley 12.569 de la provincia de Buenos Aires. Recordemos que estas leyes tienen por finalidad prevenir o hacer cesar, en forma provisional y urgente, situaciones de violencia, y para ello prevén una batería de medidas, que el juez podrá disponer según cual sea la situación de violencia concreta que se verifique en cada caso.

⁹ BECCAR VARELA, Andrés, *“El abuso de la denuncia ... ob. cit.*

daño de enorme importancia tanto al niño al privarlo del padre, como al padre o madre al impedirle el contacto con el hijo. Decimos que es un acto de violencia familiar porque consideramos que violencia familiar es toda distinción, exclusión o restricción ejercida por un miembro de la familia contra otro miembro que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas familiar, económica, social, cultural y civil. La violencia familiar por impedimento de contacto es el proceso por el cual un progenitor, en forma abierta o encubierta habla o actúa de una manera descalificante o destructiva al o acerca del otro progenitor, en un intento de alejar o indisponer al hijo contra ese otro progenitor. Este tipo de violencia se configura tanto por acción como por omisión y daña de manera profunda la integridad psicológica de padres e hijos al impedirles la comunicación.¹⁰

Tal es así, que la propia ley de violencia familiar contempla una medida para contrarrestar este tipo de violencia.

Recordemos que las leyes de violencia prevén una batería de medidas que el juez puede disponer para prevenir o hacer cesar, provisoriamente, diferentes situaciones de violencia.

Entre ellas, el art. 4, inc. d) de la ley 24.417 establece que **el juez podrá “decretar provisoriamente alimentos, tenencia, y derecho de comunicación con los hijos”**.

Quiere decir que fue preocupación del legislador que, frente a una situación de violencia familiar por impedimento de contacto, la justicia tome los recaudos del caso a los fines de hacer cesar esa clase de violencia, disponiendo entonces una medida dirigida a garantizar el contacto parento filial que se ha impedido u obstruido.

Ahora bien, ¿me pregunto cuántos jueces han admitido una denuncia de violencia por impedimento de contacto, y adoptado una medida urgente de fijación de un régimen de comunicación provisorio para hacer cesar esa conducta violenta?

Lo paradójico de la cuestión es que las leyes de violencia están operando en sentido contrario, tal como se explica en el punto siguiente.

III.2. Segundo punto de conexión

Las leyes de violencia, lejos de actuar para prevenir o hacer cesar el impedimento de contacto, funcionan, **cuando son aplicadas inadecuadamente**, como fuentes generadoras o facilitadoras de ese impedimento de contacto.

¹⁰ MEDINA, Graciela y FILLIA, Laura, “Violencia por impedimento de contacto y responsabilidad por daño”, DFyP 2019 (julio); 45; Cita Online: AR/DOC/1740/2019

El problema es que su aplicación inadecuada se ha convertido en algo corriente, en lugar de ser excepcional. Y este es el drama actual. Estamos padeciendo una verdadera **mala praxis judicial**.

Aquí podemos identificar entonces un segundo punto de conexión entre el derecho fundamental a mantener el vínculo parento filial y las leyes de violencia, y que consiste en que cuando éstas se aplican mal, se generan o facilitan obstrucciones de vínculo que VIOLAN el derecho fundamental a mantener la comunicación parento filial.

En el punto siguiente se identificarán los errores más corrientes en los que incurre la judicatura en la aplicación de las leyes de violencia.

IV. Errores en la aplicación de las leyes de violencia

IV.1. Se ordenan cortes de vínculo como regla y no como excepción

Ya dijimos de la importancia superlativa que tiene el vínculo parento filial para el buen desarrollo afectivo y emocional del niño, y por ello la obligación del Estado de garantizar ese derecho.

Citamos el art. 9, apartado 3 de la CDN que obliga a los poderes públicos –y entre ellos al Poder Judicial – *“a hacer respetar 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”*.

Por supuesto que este derecho a mantener estrecho vínculo con ambos progenitores no es absoluto, por lo que admite excepciones, también contempladas en la norma citada cuando dice: *“salvo en los supuestos que ello pudiere afectar aquel superior interés”*, lo que sólo podrá concebirse en casos extremos en que el contacto personal con uno de ellos pueda comprometer seriamente la salud física o moral del niño. Entonces, conforme la norma aludida, los jueces deben garantizar el derecho de todo niño a mantener contacto regular y fluido con ambos progenitores, el que sólo puede ser limitado **en casos extremos**.

Estos casos deben apreciarse con un **criterio restrictivo** y riguroso porque **la suspensión del contacto** puede llegar a importar un mecanismo nocivo que cause al niño severos trastornos con alcances irremediables; **y de ahí que se trata de uno de los pronunciamientos más graves que pueda dictar cualquier tribunal con competencia en asuntos de familia.**¹¹

Por ello es que en todos los procesos que han tenido por objeto la suspensión del régimen de comunicación —excepto en los procesos de violencia— para que procediera el pedido siempre se ha exigido la producción de pruebas

¹¹ MIZRAHI, Mauricio Luis, *"Responsabilidad parental"*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 634.

terminantes que acreditaran las causas de extrema gravedad invocadas que justificaran la suspensión pretendida.

Ahora bien, en los procesos de violencia todos estos principios y criterios parecen quedar completamente ignorados.

En efecto, es de público y notorio conocimiento la cantidad de veces que en el marco de dichos procesos se dictan medidas de prohibición de acercamiento entre el denunciado y sus hijos que suspenden el derecho fundamental de contacto y comunicación del niño con su progenitor. Estas medidas suelen tener un plazo de vigencia de 30 a 120 días, e incluso resultan ser fácilmente renovables. Durante dicho plazo, se obliga al denunciado a desaparecer por completo de la vida de su hijo. Se transforma así el progenitor denunciado, de buenas a primeras, en una suerte de “fantasma” para el hijo, ya que, teniendo en cuenta el enorme alcance que suelen tener las restricciones de acercamiento que se ordenan –se prohíbe absolutamente cualquier clase de comunicación, por cualquier vía que fuere-, se impone al presunto violento a comportarse como si no existiese más para el hijo.

Se trata de una medida muy severa que debiera ser excepcional por su gravedad, cuando se acreditaren causas graves que la justifiquen.

Así y todo, cuando se invoca violencia, a los jueces no les tiembla el pulso para prohibir el contacto parento filial, lo que termina provocando daños mayores de los que se pretendían evitar, e incluso, generando más violencia. Este daño se produce, desde ya, cuando la medida de prohibición se dicta a partir de hechos falsos, pero también ello ocurre aún en casos donde efectivamente pudieron haber ocurrido hechos de violencia entre adultos en presencia de sus hijos o cuando estos pudieran haber sido sujetos pasivos directos de la violencia ejercida por su progenitor.

Es que no todo episodio de violencia en la que puedan estar involucrados los hijos tiene la gravedad que se requiere para justificar la prohibición de todo contacto con su madre o padre.

Para ser más claro, pongamos como ejemplo una discusión fuerte entre dos progenitores, en el que uno llega a insultar al otro, y ello ocurre en presencia de un niño. No hay duda, pues, de que se trata de una discusión violenta, en donde aparece claramente un progenitor agresor y el otro progenitor agredido, y un niño que también es víctima de violencia al haber estado allí presente y haber tenido que padecer un momento duro, de hostilidad.

Pero frente a este escenario, nos preguntamos qué es peor para el niño, ¿correr el riesgo de presenciar una discusión similar en el futuro, o que no pueda ver ni comunicarse ni contactarse, por ningún medio, con el/la progenitor/a que profirió el insulto, durante un mes o algunos más?

O supongamos que, más grave aún, alguno de los progenitores insulta al hijo, o incluso le llega a propinar un escarmiento en un momento de suma tensión. ¿Merece ese hecho, de por sí grave, ser sancionado con la severidad que

implica impedir todo contacto materno o paterno filial durante un lapso prolongado de tiempo? ¿No es mucho más eficaz tratar el problema para evitar que se repita el escarmiento, con un abordaje diferente, que se traduzca en intervención en lugar de aislamiento o distanciamiento, que se traduzca en trabajar en cómo fomentar o sanar el vínculo en lugar de cortarlo?

Con esto no pretendemos de ninguna manera decir que hay que tolerar la violencia. Lo que queremos señalar es que no todo hecho de violencia donde esté involucrado un niño o adolescente justifica dictar una medida tan gravosa que termina siendo mucho más perjudicial para el grupo familiar en conflicto, y por sobre todo, para el niño, provocando mayores males que los que se querían evitar o prevenir.

Los jueces, lamentablemente, suelen dictar la prohibición de acercamiento hacia los hijos, inaudita parte y sin escucharlos previamente, no solo a partir de denuncias falsas —que el sistema permite que se cuelen fácilmente—, sino a partir de hechos que, si bien pueden considerarse violentos, no tienen la entidad suficiente como para merecer una medida tan grave, que a la postre termina provocando peores resultados.

Por ello es que en los procesos de violencia, aquel criterio riguroso y estricto que se mencionaba más arriba para valorar las causas excepcionales que justifican decretar la suspensión del derecho de comunicación erróneamente no se aplica.

Y más grave aún es que, en la mayoría de los casos, una vez dictada la medida, los jueces se desentienden de sus consecuencias, sin evaluar luego si la medida fue o no beneficiosa en orden a disminuir la conflictiva del grupo familiar, y en concreto, sin reparar en los severos perjuicios que puede causarse a niños cuando se ordenan cortes abruptos de los vínculos materno o paterno-filiales mediante un mero análisis superficial de los hechos denunciados.¹²

Se verifica en consecuencia un doble abuso, **o una violencia duplicada**. La primera, por parte del justiciable que requiere una medida severa a partir de hechos falsos o, aunque ciertos, no tienen la gravedad o entidad necesaria para justificar una orden tan extrema de prohibición de contacto materno o paterno filial. Y la segunda, es la que cometen los jueces, cuando en esos casos hacen lugar a dicha prohibición, disfrazando de esa manera un impedimento de contacto ilegal con un ropaje de legitimidad. **Esto se llama violencia institucional.**

IV. 2. Abuso del dictado de medidas inaudita parte

Como es también de público y notorio, los cortes de vínculo en los procesos de violencia se adoptan inaudita parte.

¹² MIZRAHI, Mauricio L., “*Responsabilidad parental*”, Editorial Astrea, 2018, § 224, p. 623-624.

Ahora bien, la presencia de niños, la severidad de la medida en cuestión y sus consecuencias, hace que se convierta en muy discutible que la medida se pueda dictar inaudita parte.

Todos sabemos que en cuanto a la cuestión de la sustanciación del pedido de medidas cautelares en cuestiones de familia, si bien se mantienen supuestos en los que cabe lógicamente su proveimiento “inaudita parte” cuando existan circunstancias muy graves que aconsejen adoptar tal temperamento, de ordinario se admite su sustanciación previa con la contraria, en razón de las graves consecuencias que ellas podrían aparejar para el afectado y la familia.

Ahora bien, basta con invocar un hecho de violencia para dejar de lado el principio de bilateralidad.

Como se dijo más arriba, no todo episodio de violencia reviste tanta gravedad como para imponer un corte de vínculo, y menos aún inaudita parte.

IV.3. Incumplimiento del requisito básico de acreditar la verosimilitud del derecho

Si bien hay disenso acerca de la naturaleza jurídica de las medidas de protección (medidas cautelares o autosatisfactivas), hay consenso acerca de que son presupuestos de admisibilidad la demostración de un grado más o menos variable de verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora.

Sabemos que la verosimilitud del derecho es la posibilidad, la apariencia o probabilidad de que el derecho del postulante sea atendible. Para que ello ocurra, es necesario comprobar, al menos, la apariencia o verosimilitud de los hechos fundantes del derecho invocado por el actor.¹³

Entonces, podemos afirmar que la verosimilitud del derecho se comprueba analizando los hechos invocados y la prueba arrojada. Es decir, debe exigirse una actividad probatoria, aunque sea mínima. **En resumidas cuentas, los hechos denunciados deben tener un respaldo probatorio, por más que sea precario.**

Veamos, pues, qué es lo que ocurre con los procesos de violencia.

La exigencia o presupuesto de la verosimilitud del derecho se devalúa completamente, o no existe, porque, muchas veces, se dictan sin ninguna prueba, solo a partir del relato de la persona denunciante, procesado por un policía, o un psicólogo, o un abogado, o un asistente social.

Y no se requiere de ninguna prueba que dé sustento al relato unilateral del denunciante, sino que alcanza la mera sospecha de que aquél pueda ser cierto En este sentido, se ha afirmado que de lo que se trata es solamente de prevenir o evitar un riesgo, dar amparo a la víctima de la violencia, que es

¹³ PEYRANO, Jorge W.; “Los presupuestos cautelares ‘olvidados’. La apariencia de buen derecho y el peligro en la demora”, LA LEY, 17/09/2019, 1. Cita Online: AR/DOC/2590/2019.

algo completamente distinto a acreditar la verosimilitud del derecho invocado o *fumus bonis iuris*¹⁴, que en este tipo de procesos no se exige. **Pareciera que estuvieran en juego cuestiones de fe donde es válido el “te creo porque te creo”**.

Podría cuestionarse esta afirmación sosteniéndose que el informe que realizan los facultativos que entrevistan personalmente al denunciante califica como material probatorio idóneo para acreditar, prima facie, la sinceridad de la denuncia. Pero todos sabemos cómo se elaboran esos informes. Todo parte de un relato unilateral de la persona denunciante y nada más. No se cita al denunciado.

El proceso de violencia es el único proceso judicial en que se admite – indebidamente- dictar cautelares o autosatisfactivas, sin ninguna verosimilitud del derecho, sólo a partir de las manifestaciones de la persona denunciante.

No se trata ésta de una afirmación aventurada, toda vez que así lo sostiene, por ejemplo, la Sala I de la Cámara en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, en estos términos: *“En una primera consideración, que vale para ambos recursos, **cabe señalar que en el marco de un proceso originado por una denuncia de violencia familiar, en principio, resultan suficientes las manifestaciones de la persona denunciante para adoptar las medidas que tiendan a su protección.**”*¹⁵ (La negrita no es original).

Consideramos que es inadmisibles e ilegal cortar vínculos parento filiales SÓLO A PARTIR DE LAS MANIFESTACIONES DE LA PERSONA DENUNCIANTE.

Bien podrían tratarse de denuncias falsas; o, si son ciertas, tal vez lejos estarían de revestir la gravedad mayúscula y extraordinaria que debiera exigirse para que se disponga el corte de relaciones paterno-filiales.

IV.4. La falta de escucha de los NNA afectados por la medida

Se ordenan cortes de vínculos sin escuchar previamente a quienes merecen la mayor protección, los NNA, por su condición de vulnerabilidad. Se viola de esta forma el derecho de todo NNA de expresar su opinión libremente **en todos los asuntos que lo pudiera afectar**, previsto en el art. 12 de la CDN.

Si hay una medida que los puede afectar formidablemente, es precisamente la de prohibición de todo contacto con uno de sus progenitores, y por ello no se comprende cómo, en los procesos de violencia, este derecho fundamental se viola cuando dicha medida se dicta.

¹⁴ UGARTE, Luis. A., *“Tutela judicial efectiva: violencia familiar y medidas precautelares”*, DFyP, 2019 (julio); cita online: AR/DOC/1501/2019.

¹⁵ Cam. Civ. Com. San Isidro, Sala 1: “B. M. F. c/W. G. s/Protección contra la Violencia Familiar (Ley12569)” Expte.: SI-37823-2019 (J. 1), Reg. n°1; 1.10.2020)

Los NNA muchas veces se hallan en perfectas condiciones de señalar al tribunal cómo es el vínculo con el progenitor denunciado, si su deseo es poder seguir teniendo contacto con él o no, o de qué manera. No obstante ello, se los ignora por completo y de buenas a primeras, de la noche a la mañana, pierden la posibilidad de tener todo tipo de contacto con el progenitor denunciado, ni siquiera telefónico o por whatsapp.

Si se ordena una medida de este calibre sin escucharlos previamente, se los está negando como personas, como sujetos de derecho, por lo que dicha medida se torna nula.

Así lo ha entendido reiteradamente la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires al señalar: *«en los casos en que los tribunales jurisdiccionales resuelven cuestiones que involucran a menores sin previamente haberlos conocido y escuchado, dicha deficiencia procedimental que repercute en los derechos sustanciales de quienes se postulan como pretendidamente tutelados, genera la nulidad del pronunciamiento así dictado»*.¹⁶

IV.5. Incumplimiento de la obligación de citar al denunciado prevista en la norma

Las tres leyes de violencia mencionadas en la introducción disponen que el juez debe convocar a las partes a una audiencia dentro de las 48 hs. de adoptadas las medidas de protección.

En concreto, está prevista en el art. 5 de ley 24.417, en el art. 11 de la ley 12.569, y en el art. 28 en la ley 26.485.

En la ley 12.569 se prescribe que la referida audiencia debe ser tomada personalmente por el juez, **bajo pena de nulidad**, y que en dicha oportunidad, el juez *"escuchará a las partes y ratificará, modificará u ordenará las medidas que estime pertinentes"*.

En la ley 26.485 **también se prevé la nulidad de la audiencia en caso de no ser tomada personalmente por el juez**, y que allí ordenará las medidas que estime pertinentes.

Su obligatoriedad, impuesta por la ley, obedece a que deviene fundamental, en esta clase de procesos, que V.S. pueda conocer en forma directa a las partes y, sobre todo, garantizar el derecho de defensa del denunciado que en los procesos de violencia suele ser completamente ignorado.

Para el legislador es muy relevante la intermediación en los procesos de violencia, por la entidad de los hechos que se ventilan, la urgencia con la que se debe actuar, y las medidas de protección que se dictan inaudita parte, muchas veces afectando severamente derechos de la parte denunciada.

¹⁶ Ac. 87.754, sent. del 9-II-2005; ac. 71.380, sent. del 24-X-2001; ac. 72.890, sent. del 19-II-2002; ac. 78.446, sent. del 27-VI-2001; entre otras.

Dicha intermediación es exigible a los fines de brindar una tutela judicial efectiva que dé una respuesta acertada y eficaz frente al conflictivo familiar que se presenta.

No es lo mismo resolver problemas a partir pura y exclusivamente de escritos. El contacto directo del juez con las partes garantiza que la respuesta jurisdiccional se ajuste más a la realidad.

Como ya se dijo más arriba, en casi todos los procesos de violencia-, se dictan medidas cautelares inaudita parte, a partir del sólo relato de la denunciante.

Frente pues, a semejante indefensión inicial, el comparendo a la audiencia prevista en las normas recién citadas tiene, entre otras finalidades, la posibilidad de que el tribunal, tras escuchar al denunciado, pueda eventualmente modificar las disposiciones restrictivas que hubiere dictado. En tal acto, en suma, el objetivo que persiguió el legislador es que el afectado pueda defenderse, explicar, plantear su perspectiva, y, eventualmente, pedir -por contrario imperio- que el tribunal revea o anule la cautelar dictada.

No es posible que por vía judicial se distorsionen textos legales expresos. La ley es sabia: por un lado, faculta al juez a dictar medidas inaudita parte; pero, por el otro, ordena que dentro de las 48 horas se haga comparecer al denunciado **ante la presencia del juez, bajo pena de nulidad**. Prescindir de esta audiencia, por lo tanto, significa lisa y llanamente violar la ley.¹⁷

Pues bien, esta audiencia, que es fundamental, en la mayoría de los juzgados no se practica.

Peor aún, en muchas causas se fija pero cuando comparece el denunciado, éste es atendido por un empleado de mesa de entradas, quien se limita a hacerle firmar un acta mediante la cual se consigna solamente que quedó notificado de la medida dispuesta.

V. Los Juzgados de Familia como “usinas” de cortes de vínculo parento filiales

No podemos dejar de expresar nuestra preocupación por el modo en que responde la administración de justicia frente a denuncias de violencia cuando están involucrados niños, niñas o adolescentes.

Los errores descriptos en el punto precedente no son aislados, sino que lamentablemente, se han expandido, con el vigor de una epidemia, en la mayoría de los juzgados de familia.

Lo grave de la cuestión es que estos errores se encuentran instalados, a pesar de ser evidentes, y no se vislumbran señales de enmienda.

¹⁷ MIZRAHI, Mauricio Luis, “La violencia familiar y las relaciones parento-filiales”, publicado en LA LEY 29/06/2021, 29/06/2021, 1; cita on line:TR LALEY AR/DOC/ 1856/2021).

Estos desaciertos en la aplicación de las leyes de violencia conducen a disponer cortes de vínculo parento filiales en infinidad de casos, injustificadamente, porque no merecen el dictado de una medida tan grave como aquella. Este proceder viciado no hace otra cosa que agravar el conflicto, provocando más caos familiar, en lugar de atenuarlo.

De esta manera, **los juzgados de familia se están transformando en “usinas” de cortes de vínculo parento filiales. Y los responsables de esto no son sólo los magistrados que ordenan los cortes, sino también los defensores de menores –asesores de menores en la provincia- que los consienten.**

¿Acaso no llama la atención que la única respuesta jurisdiccional sea la de ordenar la prohibición de acercamiento entre el progenitor denunciado y el NNA, durante uno o varios meses?

Adviértase que las prohibiciones que se disponen no se limitan al acercamiento físico, sino que abarca todo tipo de contacto, tal como surge del modelo que se transcribe a continuación:

“Decretar la prohibición de acercamiento a un radio no inferior de 300 metros del Sr. , al domicilio sito en, y a la persona de la denunciante Sra. y su hijo menorconforme lo dispuesto por el art 4° de la Ley 24.417 y N° 26.485.- Hágase saber al Sr.que la prohibición de acercamiento importa suspender todo contacto físico, telefónico, de telefonía celular, de correo electrónico, por vía de terceras personas y/o por cualquier medio que signifique intromisión injustificada con relación a la persona de la Sra. y el niño mencionado, que su incumplimiento importa el delito de desobediencia, debiendo darse inmediata intervención a la Justicia Penal.”

Esta medida de prohibición de acercamiento, en los términos transcritos, es la que se reproduce automáticamente en casi todos los procesos de violencia, acudiendo para ello, a la técnica del “copy paste”.

Esta forma de prohibición, con un alcance tan amplio, que va más allá del acercamiento físico, abarcando todo tipo de contacto o comunicación (ni siquiera permite un saludo por whatsapp), probablemente fue diseñada para prevenir o hacer cesar situaciones de violencia entre adultos, pero es práctica habitual que los jueces “copien” esta fórmula, como si se tratara de una cláusula típica de un contrato de adhesión, en cualquier proceso de violencia, haya NNA involucrados o sólo se trate de adultos.

El problema radica en que no es lo mismo ordenar cortar un vínculo entre adultos que un vínculo parento filial, por la trascendencia que éste último tiene para la construcción de la identidad y del psiquismo de todo individuo.

El corte de vínculo parento filial puede provocar un serio daño al desarrollo de la autoestima y personalidad del NNA de acuerdo con su ciclo evolutivo.

Cuando un niño pierde el contacto con uno de sus progenitores, esto puede provocar sentimientos de abandono, pérdida y conflicto interno, lo cual puede derivar en la falta de confianza en sí mismo, el aislamiento, la dificultad de relación con sus pares, y en el aumento de riesgo de problemas emocionales, como ansiedad y depresión, así como de comportamientos disruptivos.

Por ello se trata de una medida muy severa, que, como ya dijimos, debe quedar reservada para casos extremos, como ser, cuando existe alta probabilidad o fuerte sospecha –no mera sospecha- de abuso o de maltrato físico.

Y es por ello que resulta inexplicable que a los jueces no se les ocurra, en aquellos casos que no revisten extrema gravedad, adoptar medidas menos cruentas, o caminos intermedios, como lo es la fijación de un régimen de comunicación parento filial supervisado o asistido, con la intervención de algún otro familiar o de un profesional.

De esta manera, se favorece la continuidad del vínculo y se evita el riesgo temido.¹⁸

En el mismo sentido, autorizada doctrina alerta que, en los procesos de violencia, no es posible que los jueces se olviden los caminos intermedios, que son muchos más saludables y exentos de riesgos. Nos estamos refiriendo a la buena decisión que puede significar disponer –al menos transitoriamente y hasta que se cuenten con los primeros informes profesionales- un régimen asistido o supervisado de comunicación. Percíbese que esta alternativa representa una herramienta muy valiosa que tiene dos importantísimas ventajas. Una, que se preserva a los niños de riesgos; la otra, que no se acude al abrupto corte de relaciones con padres o abuelos. Sin embargo, y en este punto nos parece inexplicable, diríamos que en muy pocas denuncias los tribunales acuden a estas soluciones, optándose drásticamente por las prohibiciones de acercamiento y la suspensión de los contactos parento-filiales. Esta es la realidad en nuestro país.¹⁹

¿Qué riesgo se puede correr, si frente a una denuncia de violencia –que no sea de extrema gravedad- se ordena que el contacto parento filial pase a ser supervisado?

Es que no se puede pisotear el derecho fundamental de todo NNA de mantener contacto fluido y regular con ambos progenitores mediante una medida de prohibición total de acercamiento y contacto, cuando no se configura un caso de gravedad extremo que así lo justifique, o, si se quiere, no existe una situación de riesgo grave que no pueda ser neutralizada con otra clase de medidas, como ser, un régimen de comunicación asistido o controlado.

¹⁸ BECCAR VARELA, Andrés, *“El abuso de la denuncia ... ob. cit.*

¹⁹ MIZRAHI, Mauricio Luis, *La violencia familiar y las relaciones parento-filiales ... ob. cit.*

Es penoso el uniformismo con el que responde la administración de justicia frente a las denuncias de violencia, aplicando un único remedio, como si todos los casos fueran exactamente iguales, lo que expresa una ignorancia de la naturaleza humana, o la complejidad de las relaciones humanas. No somos robots, que respondemos siempre de igual manera frente a un estímulo determinado.

Cada conflicto es único y responde a un sinnúmero de factores. Por ello merece un análisis más profundo antes de ordenar medidas idénticas al resto de los conflictos. Recurrir a medidas pre moldeadas en todos los asuntos, lejos de contribuir a la pacificación del conflicto, terminan agravándolo.

Este modo de operar desatiende una regla de oro que es invocada, paradójicamente, en muchas decisiones judiciales en conflictos familiares, y que prescribe que resulta totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley manda concretamente valorar.²⁰

VI. Recomendaciones orientadas a evitar que se sigan dictando cortes de vínculo parento filiales injustificados en los procesos de violencia

De poco sirve la queja o la crítica a la aplicación errónea que se está haciendo de las leyes de violencia si no se efectúan propuestas que puedan colaborar a corregirla, y de este modo, evitar que los tribunales sigan favoreciendo o facilitando los cortes de vínculo parento filiales injustificados.

Con esa intención, y poniendo en el centro de la atención la protección de los NNA, frente a cualquier petición que tenga por objeto prohibir el acercamiento de la persona denunciada hacia su hijo, se propone que el/la magistrado/a adopte los siguientes recaudos:

1. Escuche previamente al hijo.

En ningún caso, en principio, debería soslayarse el derecho de todo niño, niña o adolescente, a ser escuchado en todo asunto que los involucre art. 12 de la CDN.

Como ya se dijo, si hay una medida que los puede afectar formidablemente, es precisamente la de prohibición de todo contacto con uno de sus progenitores, y por ello no se comprende cómo, en los procesos de violencia, este derecho fundamental a ser escuchado previamente se viola cuando dicha medida se dicta.

²⁰ T 70 XXXIV R H - "Torres, A. Daniel s/ adopción" - CSJN - 15/02/2000 (elDial.com - AA3C8)

Consideramos que es indispensable, antes de dictar una medida de prohibición de contacto y comunicación entre progenitores e hijos, contar previamente con la opinión del niño o adolescente involucrado en el conflicto, que es el principal afectado.

2. Escuche previamente al demandado, a través de una audiencia urgente o un traslado breve.

La notificación de la audiencia o del traslado, para evitar demoras, se puede realizar por cualquier medio, incluso, mediante comunicación telefónica de oficio por el juzgado interviniente.

Consideramos que la garantía de la defensa en juicio consagrado en el art. 18 de la CN no puede ser dejada de lado en estos casos, so pretexto de un potencial peligro, a no ser que ello se encuentre acreditado con prueba suficiente.

3. Al momento de resolver, en caso de considerar que procede limitar el contacto materno o paterno filial, siempre deberá optar, como primera opción, por ordenar un régimen de contacto asistido.

Si en la denuncia se invoca que el denunciado ha cometido hechos de violencia que ponen en riesgo la integridad psicofísica de niños o adolescentes, ese riesgo se neutralizaría, muchas veces, disponiendo, en lugar de una prohibición de todo contacto, un régimen provisorio de encuentros supervisados o asistidos, con la intervención de algún profesional idóneo.

De esta manera también se evita que la prohibición total de acercamiento y contacto actúe, como muchas veces ocurre, como puntapié inicial de procesos de desvinculación paterno o materno filial que provocan un tortuoso y eterno tránsito litigioso en sede judicial a los fines de lograr la revinculación, con pronóstico reservado.

4. En caso de que deba necesariamente dictarse la medida inaudita parte, esta debería tener una vigencia breve, que no supere el mes, hasta la fijación de una audiencia con el juez o la jueza, en la cual sean convocados las partes y los hijos, bajo apercibimiento de levantar la medida en caso de incomparecencia de la persona denunciante con los hijos y de prorrogarla en caso de incomparecencia injustificada de la persona denunciada.

5. Cumpla siempre con la fijación de la audiencia que prevén las leyes de violencia a fin de que comparezcan las partes, y se deje constancia en el acta de su celebración, el descargo que efectuaré el denunciado, y según su entidad, se revise la medida adoptada.

VII. Conclusión

El impedimento de contacto o la obstrucción del vínculo parento filial injustificado **configura un supuesto de violencia familiar.**

La mala aplicación de las leyes de violencia puede generar o facilitar obstrucciones de vínculo injustificados.

Por ende, la mala aplicación de las leyes de violencia puede generar o provocar más violencia, con la gravedad de que a la violencia que ejerce la persona que obstruye el vínculo se le suma la violencia institucional de la judicatura que la avala.

Cuando ello ocurre, las leyes de violencia, en lugar de proteger al NNA, lo desamparan.

Interpelamos por tanto a todos los operadores del derecho a no manipular las leyes de violencia, a no ensuciarlas, a aplicarlas correctamente para que no se desnaturalicen provocando más violencia, sino para que actúen de acuerdo a su verdadera finalidad de hacerla cesar.

Citar: elDial DC330F

copyright © 1997 - 2023 Editorial Albrematica S.A. - Tucumán 1440 (CP 1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina