

**Voces:** CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN - VIOLENCIA FAMILIAR - MEDIDAS CAUTELARES - FAMILIA - CUOTA ALIMENTARIA - INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO - PATRIA POTESTAD - TENENCIA

**Título:** La responsabilidad parental en el nuevo Código Civil y Comercial y su cotejo con la violencia familiar

**Autor:** Bentivegna, Silvina A.

**Fecha:** 11-jun-2015

**Cita:** MJ-DOC-7263-AR | MJD7263

**Producto:** MJ

**Sumario:** *I. Introducción. II. La violencia familiar en el nuevo Código Civil y Comercial argentino. III. La responsabilidad parental y el maltrato infantil en el nuevo Código Civil y Comercial argentino. IV. Medidas cautelares en violencia familiar que atañen a los niños y su cotejo en el nuevo Código Civil y Comercial argentino. V. Conclusión.*

---

Por Silvina A. Bentivegna (\*)

«Los padres no tienen derechos sobre sus hijos, sino responsabilidades y un gran compromiso para con ellos, debiendo conforme su capacidad progresiva tener una participación activa en todo el proceso por violencia familiar».

## I. INTRODUCCIÓN

A fin de comenzar a abordar satisfactoriamente los diversos conceptos en relación con la violencia familiar, los principios y nuevas denominaciones introducidas por el nuevo Código Civil y Comercial en materia de responsabilidad parental, debemos precisar puntualmente las distintas aristas que reviste la terminología de la violencia, debiendo ser examinada no solo a la luz del orden nacional, sino también en el orden internacional.

En este marco de ideas, podemos referirnos en primer lugar a cómo el Código de Vélez Sarsfield identifica a la violencia: constituye un vicio de la voluntad que afecta la validez del acto ejecutado por quien sufre la coerción física o moral. En tal sentido, incorpora en su art. 936 la violencia física consistente en el empleo de la fuerza física irresistible en la persona que otorga el acto. Refiriéndonos a la coerción o intimidación, el art. 937 del Código de Vélez estipula que «habrá intimidación, cuando se inspire a uno de los agentes por injustas amenazas, un temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona, libertad, honra o bienes, o su cónyuge, descendientes o ascendientes, legítimos o ilegítimos». En efecto, a través del breve articulado, podemos apreciar que la violencia es abordada

desde una óptica del temor, intimidación, coerción y amenazas, sin dejar de desmerecer y estimar la gravedad de dichos aspectos surgidos del codificador, constituyendo el pedestal de las aristas injuriosas.

## II. LA VIOLENCIA FAMILIAR EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO

Preceptos de carácter general y valoraciones aplicados en familias atravesadas en situaciones de violencia son abordados en el nuevo Código Civil y Comercial, siendo satisfactorio que el nuevo Código Civil contenga criterios de tal carácter.

En este orden de ideas, podemos partir del concepto de la violencia como vicio de la voluntad. En efecto, el capítulo 4 del nuevo Código Civil la denomina «De la violencia como vicio de la voluntad», en su art. 276 relativo a la fuerza e intimidación. Reza lo siguiente: «La fuerza irresistible y las amenazas que generan el temor de sufrir un mal grave e inminente que no se puedan contrarrestar o evitar en la persona o bienes de la parte o de un tercero, causan la nulidad del acto. La relevancia de las amenazas debe ser juzgada teniendo en cuenta la situación del amenazado y las demás circunstancias del caso». El presente artículo refleja a aquellas familias inmersas en una crisis, que son víctimas mediante amenazas proferidas por el victimario, quien ejerce en la familia un poder de superioridad. De modo concomitante, el art. 277 incorpora a los sujetos: «El autor de la fuerza irresistible y de las amenazas puede ser una de las partes del acto o un tercero». Dicho artículo nos trae a colación aquellas situaciones en que si bien las amenazas pueden ser proferidas por el victimario, las circunstancias amenazantes podrán ser manifestadas por un tercero. Situaciones tales se suscitan en el marco de las medidas cautelares, en las que si bien el presunto agresor, al no poder acercarse al domicilio del cual fue excluido o no poder acercarse a la mujer o a sus hijos, envía a un tercero a fin de generar situación de violencia o intimidación. Otro supuesto puede generarse desde el centro de detención penal, en que el agresor se encuentre en prisión y, desde allí, hostigue y amenace telefónicamente o envíe a terceros, ya sea al domicilio donde se encuentra la denunciante o a su lugar de trabajo, a fin de generar temor e intimidación en ella.

Por otra parte, el art. 278 del nuevo Código Civil incorpora la reparación de los daños causados. En efecto, estipula que «el autor debe reparar los daños. Responde solidariamente la parte que al tiempo de la celebración del acto tuvo conocimiento de la fuerza irresistible o de las amenazas del tercero». De manera tal que si del hecho violento en ocasión de la amenaza la mujer sufriera un daño concreto, deberán responder solidariamente.

En lo atinente a la prestación alimentaria -este aspecto será tratado aquí con más profundidad-, el nuevo Código Civil en su art. 541, refiriéndose al contenido de la obligación alimentaria, reza lo siguiente: «La prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica, correspondientes a la condición del que la recibe, en la medida de sus necesidades y de las posibilidades económicas del alimentante. Si el alimentado es una persona menor de edad, comprende, además, lo necesario para la educación». Considerando la fijación de una cuota alimentaria de carácter cautelar en una denuncia por violencia familiar y la subsistencia del deber alimentario del progenitor, teniendo en cuenta el art. 704 del nuevo Código, dicho deber subsistirá aun cuando el progenitor alimentante se encuentre suspendido en el ejercicio de la responsabilidad parental. Ergo, por más que el progenitor esté comprendido bajo una medida cautelar de prohibición de acercamiento respecto de su hijo menor de edad, no se suspende el ejercicio de la responsabilidad parental en cuanto a la obligación alimentaria, la cual persistirá. En tal sentido, el art. 704 reza lo siguiente: «Los alimentos a cargo de los progenitores subsisten durante la privación y la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental».

## III. LA RESPONSABILIDAD PARENTAL Y EL MALTRATO INFANTIL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO

En materia de responsabilidad parental, el nuevo Código Civil y Comercial viene a reemplazar el llamado «poder de corrección» por el deber de los padres de «prestar orientación y dirección». A su vez, explicita la prohibición total de los malos tratos.

Actualmente, el Código Civil, en su art. 278, estipula lo siguiente: «Los padres tienen la facultad de corregir o hacer corregir la conducta de sus hijos menores...». A continuación reza: «El poder de corrección debe ejercerse moderadamente, debiendo quedar excluidos los malos tratos, castigos o actos que lesionen o menoscaben física o psíquicamente a los menores».

En tal sentido, el art. 647 del nuevo Código Civil y Comercial, reza lo siguiente: «Se prohíbe el castigo corporal en cualquiera de sus formas, los malos tratos y cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños o adolescentes...». Por otra parte, el art. 646 del mencionado Código enumera los deberes de los progenitores. Este dispone en sus incisos: «a) cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo; b) considerar las necesidades específicas del hijo según sus características: psicofísicas, aptitudes, inclinaciones y desarrollo madurativo; c) respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos; d) prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos...». En tal sentido, serán los magistrados quienes resguardarán a los niños de las correcciones excesivas ejercidas por los progenitores, adoptando las medidas que estimen pertinentes. Una de dichas medidas es la privación de la patria potestad por poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica o la moralidad del hijo, por los malos tratamientos, ejemplos perniciosos, o conducta notoria.

Como podemos observar, se deroga el llamado «poder de corrección» regulándose el derecho / deber de los progenitores de «prestar orientación y dirección» normado en el inc. d) del art. 646, requiriendo para ello, el deber del progenitor de considerar las necesidades específicas del hijo conforme sus aptitudes, inclinaciones y desarrollo madurativo, estipulado en el inc. a) del mismo artículo, incorporando en tal sentido el principio de la capacidad progresiva. En suma, debe existir entre ambos un claro intercambio, un diálogo.

El término «poder de corrección» guardaba relación con la arcaica expresión «patria potestad» o «pater familias», en cuyo contexto los hijos y la mujer estaban sujetos a la voluntad del padre: mientras el padre viviera, los hijos debían guardarle respeto y obediencia. En suma, se ejercía un poder según el cual el padre era la ley dentro de la familia. Hoy día la sanción del nuevo Código Civil otorga un cambio radical a este concepto con una noción absolutamente opuesta al incorporar la idea de «responsabilidad parental», según la cual los hijos vienen a ser considerados sujetos plenos de derecho, adecuándose la nueva normativa al plexo legal vigente en materia de niñez y adolescencia. En tal sentido, los padres deben educar a través de la palabra, el diálogo, y no a través del maltrato.

#### IV. MEDIDAS CAUTELARES EN VIOLENCIA FAMILIAR QUE ATAÑEN A LOS NIÑOS Y SU COTEJO EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO

Diversas medidas en materia de niñez y adolescencia amparan las leyes de protección en violencia familiar. En tal sentido, estas guardan estrecha relación con los diversos principios y preceptos que hoy día viene a introducir y muy acertadamente el nuevo Código Civil y Comercial, el cual en materia de responsabilidad parental conllevará significativas modificaciones.

Las leyes de protección contra la violencia familiar disponen que el magistrado podrá decretar provisoriamente la tenencia a una de las partes. Así lo consagra la Ley 24.417 en su art. 4, inc. d); en el orden bonaerense, la Ley 12.569 contempla dicha medida en su art. 7, inc. h) (2); y la Ley 26.485 en sentido análogo dispone dicha medida en su art. 26, inc. b.6) (3). Sabemos que el criterio tradicional del Código Civil de Vélez establecía que los hijos menores de cinco años quedaban a cargo de la madre y

los mayores de esa edad a cargo del que fuera más eficaz para ejercer ese derecho. Ahora bien, los mayores de esa de edad, a falta de acuerdo, quedaban a cargo de aquel a quien el magistrado consideraba más idóneo.

En este sentido, el nuevo Código Civil y Comercial viene a establecer -en su art. 641- que el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde en caso de convivencia con ambos progenitores, a estos. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con excepción de los supuestos contemplados en dicho Código (aquellos actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores del art. 645) o que medie expresa oposición. En caso de cese de la convivencia, divorcio o nulidad de matrimonio, a ambos progenitores. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, salvo excepciones.

Por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a solo uno de ellos, o establecerse distintas modalidades. Ahora bien, la nueva ley civil dispone que el magistrado pueda atribuir el ejercicio de la responsabilidad parental total o parcialmente a uno de los progenitores, o distribuir entre ellos sus funciones, por un plazo que no puede exceder de dos años. El juez también puede ordenar medidas de intervención interdisciplinaria y someter las discrepancias a mediación. Teniendo en cuenta el ejercicio de la responsabilidad parental, los progenitores deben asumir los deberes y derechos sobre el cuidado de sus hijos. En este criterio, el art. 648 del nuevo Código Civil contempla el «cuidado personal», expresión que denomina «a los deberes y facultades de los progenitores «referidos a la vida cotidiana del hijo». En este sentido, el deber de cuidado podrá ser cuando los progenitores no conviven, asumidos por un progenitor o por ambos. En caso en que el cuidado personal fuera compartido, podrá ser alternado o indistinto. En el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado. Teniendo en cuenta estas modalidades del cuidado personal, el magistrado deberá -a pedido de uno o ambos progenitores o de oficio- otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo a ambos progenitores con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo, como sucede en las situaciones de maltrato intrafamiliar amparadas por las leyes de protección contra la violencia familiar.

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

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

Alguna prestigiosa doctrina (4) se ha pronunciado acerca de las ventajas y desventajas del cuidado compartido (tenencia). En tal sentido, dentro de las ventajas de la «tenencia compartida», se encuentran:

1. Permite al niño mantener un estrecho vínculo con ambos padres (art. 9, Convención de los Derechos del Niño).
2. La participación activa de los progenitores en la vida del infante los estimula a proveer a sus necesidades.

3. Al colaborar el padre en las actividades emergentes de la custodia, se facilita la inserción laboral de la madre fuera del hogar, y, por ende, aumentan las posibilidades de que ambos colaboren en la manutención de su hijo.

4. Ninguno de los padres se siente excluido en el proceso de crianza del niño. Se elimina la lucha por el poder que significa tener «la guarda» del hijo. Además, al responsabilizarse ambos por el menor se evitan las críticas a los actos realizados por el otro progenitor.

Dentro de las desventajas de la «tenencia compartida», encontramos:

1. Afecta la estabilidad del menor. Esta crítica fue rebatida argumentando que la circunstancia de que el menor tenga dos hogares no trae necesariamente aparejada falta de estabilidad, pues, de todas maneras, aunque la tenencia sea monoparental, el niño igualmente considerará como su casa la del padre no guardador, dado que es factible que también allí tenga sus juguetes, ropas, etc. Lo verdaderamente importante es que el niño conserva su estabilidad emocional al poder mantener el vínculo con sus dos padres.

2. Resulta perjudicial para la educación del hijo. Se ha dicho que el tránsito del menor de una casa a otra trae como consecuencia la utilización en la educación del niño de distintos criterios, lo cual es una fuente de confusión para él. Fundamento al que se ha contestado que esto puede acontecer aun conviviendo los padres. «La educación es una tarea que debe contar con padres dispuestos para llevarla a cabo y esto tiene vigencia durante la vida matrimonial o después de la separación» (5).

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

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

Es necesario un modelo parental de ambos, para que el niño se identifique con ambas figuras. En los casos de violencia, es sabido que el progenitor denunciado va a estar privado del ejercicio de la responsabilidad parental. Así lo establecía el Código de Vélez y lo establece la nueva ley civil en su art. 700 inc. c) . Pero debemos tener en cuenta que dicha suspensión no acarrea que el progenitor se desentienda de su obligación alimentaria sobre la base del ejercicio de la responsabilidad parental, la cual subsiste.

Durante el período de vigencia de la medida cautelar dispuesta por el magistrado, el cuidado personal -tenencia- va a ser ejercido unilateralmente por uno de los progenitores (teniendo en cuenta las aristas del proceso), resguardando de esta manera, y conforme el criterio ya sostenido por esta parte, el interés superior del hijo (6), encontrando posteriormente posibles soluciones a la problemática que esta situación pueda presentar.

Otra de las medidas para tener en cuenta en materia de violencia familiar cuando existen hijos menores de edad involucrados en la escena familiar es la necesidad de desvincular y romper por un tiempo determinado el contacto paterno-filial, atento al riesgo existente en la integridad psicofísica del niño como persona.

Las leyes de protección contra la violencia familiar contemplan la posibilidad de que el juez suspenda y disponga un régimen de visitas (7). Así lo establece la Ley 24.417 en su art. 4, inc. d) (8).

Contrariamente, la ley bonaerense en su art. 7, inc.i), dispone la suspensión provisoria del régimen de visitas (9), en análogo sentido con la Ley 26.485 en su art. 26, inc. b.7) (10).

Es claro que la desvinculación del niño respecto a su victimario es necesaria, ya que previene la recurrencia y el agravamiento del riesgo para con el hijo. En la generalidad, la desvinculación es llevada a cabo de manera abrupta y, para cuando se decide que debe restablecerse, la práctica revela un daño agregado al ya sufrido por el maltrato, que está ligado al daño en el apego (11).

En efecto, cuando la medida cautelar de prohibición de acercamiento y/o contacto es dejada sin efecto, porque ya no hay un sustento jurídico para mantenerla, se genera una paradoja: al no existir impedimento de contacto, el magistrado restablece el derecho de comunicación del progenitor sobre el que recaía la medida cautelar -exclusión, prohibición de acercamiento- con el hijo, pero la separación generó un daño en el vínculo y se requiere un trabajo previo para guiar la relación porque, en el transcurso del tiempo, ni el adulto ni el niño están preparados para el reinicio de la interacción. El conflicto de lealtad en el niño, después de tanto tiempo de ausencia, es de proporciones gigantescas (12).

El nuevo Código Civil y Comercial recepta dentro de los deberes y derechos sobre el cuidado de los hijos en su art. 652(ref:LEG6646 5.652) el derecho y deber de comunicación en este sentido: «En el supuesto de cuidado atribuido a uno de los progenitores, el otro tiene el derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo». Este derecho y deber de comunicación se encontraba legislado en el viejo art. 264, inc.2, del Código de Vélez, en el sentido de que el ejercicio de la responsabilidad parental correspondía en casos de separación de los padres al progenitor que ejerciera legalmente la tenencia -cuidado personal-, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada supervisión con aquel.

Es sabido que el derecho de comunicación es un deber de los padres y un derecho del hijo. En tal sentido, se ha sostenido (13) que el derecho del padre de visitar a sus hijos cuando ellos viven con la madre que tiene su guarda, es asimismo su deber jurídico: la frecuentación del padre tiene por objeto precisamente asegurar que los menores mantendrán su contacto paterno, indispensable para su formación, corrección, vigilancia y educación.

Este derecho de comunicación «solo puede ser suspendido cuando medien causas de extrema gravedad que pongan en peligro la seguridad del menor o su salud física o moral» (14).

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

Otra de las medidas ínsitas en los procesos por violencia familiar cuando existen hijos menores de edad es la fijación de una cuota alimentaria de carácter provisorio a fin de evitar que el denunciado se desatienda del deber asistencial alimentario que tiene para con sus hijos conforme lo disponía el viejo art. 264 y ss. del Código Civil del Vélez Sarsfield. Con la nueva ley civil, dicha responsabilidad parental surge del art. 638 y ss. como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral

mientras sea menor de edad y no se haya emancipado. Particularmente el deber alimentario se introduce en el art.646 cuando enumera los deberes de los progenitores, entre ellos, en su inc. a) dispone: «...cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo...». A su vez, siguiendo la línea del nuevo Código Civil y Comercial incorpora una regla general a ambos progenitores en su art. 658, estableciendo que ambos tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos. La obligación de prestar alimentos a los hijos se extiende hasta los 21 años, excepto que el obligado acredite que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo.

El deber asistencial alimentario encuentra su amparo legal a su vez en el «interés superior del niño» contemplado en un primer momento por la Convención sobre los Derechos del Niño en su art. 3, y a su vez en la Ley 26.061 de protección integral de niñas, niños y adolescentes, en su art. 7 refiriéndose a la responsabilidad familiar.

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

En el marco de las actuaciones por violencia familiar, el magistrado podrá decretar provisoriamente una cuota alimentaria; así lo consagran las leyes de protección contra la violencia familiar (15). En efecto, si bien dichas leyes contemplan la posibilidad de que la Justicia fije una cuota alimentaria, dichos alimentos tienen como fin tuitivo afrontar los gastos imprescindibles durante el lapso en que se sustancien las medidas de protección que se hubieren dispuesto en las actuaciones.

Alguna doctrina (16) ha dicho que en el marco de la violencia familiar, la acreditación de la verosimilitud del derecho para que se otorguen los alimentos provisorios, será menor que en otros supuestos (v. gr. juicio de alimentos o de divorcio) pues, en este caso, se requiere mayor celeridad para otorgarlos.

En los casos de violencia, el progenitor denunciado va a estar privado del ejercicio de la responsabilidad parental, pero debemos tener en cuenta que dicha privación no acarrea que el progenitor se desentienda de su obligación alimentaria sobre la base del ejercicio de la responsabilidad parental, la cual subsiste.

Respecto al incumplimiento de los alimentos provisorios en el marco de los procesos por violencia familiar, si bien las leyes no prevén específicamente esta situación, alguna doctrina ha considerado procedente la aplicación de astreintes a fin de constreñir al pago (17). Algunos magistrados en el ámbito capitalino suelen fijar multas en sus resoluciones, a fin de dar cumplimiento efectivo a la normativa vigente en la materia en pos de los derechos de la infancia.

## V.CONCLUSIÓN

Soy del criterio de que el niño conforme el principio de la capacidad progresiva tenido en cuenta recientemente en el nuevo Código Civil y Comercial, debe tener una participación activa en todo el proceso por violencia familiar y, de acuerdo con su edad y grado de madurez, se le debe informar sobre la naturaleza de la medida que se va a adoptar, debiendo considerar su opinión al momento de tomar la decisión por parte del magistrado y, más aun, precisamente cuando ella atañe a lo que es el régimen de comunicación en relación con el progenitor denunciado, debiendo expresar su opinión al respecto y que

dicha opinión sea tenida en cuenta por el magistrado a fin de resolver la cuestión de fondo, caso contrario tal derecho devendría un acto trivial.

En todas las medidas que atañen a niñas, niños y adolescentes inmersos en una crisis violenta, el juez podrá adoptar algunas de las medidas cautelares ya esbozadas, siempre teniendo por objeto la protección integral de sus derechos, garantizando al propio tiempo el ejercicio, disfrute pleno, efectivo y permanente de estos, en pos del interés superior de los niños, principio fundamental que acertadamente viene a incorporar el nuevo Código Civil y Comercial entre los principios por los cuales se rige la responsabilidad parental.

Figuras, aspectos y principios viene a traer el nuevo Código Civil y Comercial, como es la prohibición del castigo físico, apostando en tal sentido a la educación como forma de resolver el conflicto. Otros principios, a su vez, conllevarán posiblemente significativas modificaciones en la vida de las familias.

Celebro las modificaciones introducidas por el nuevo Código Civil y Comercial considerando que los padres no tienen derechos sobre sus hijos, sino responsabilidades y un gran compromiso para con ellos.

-----

(1) Promulgado por Ley 26.994, Decr.1795/2014, BO:8/10/2914.

(2) En el sentido que el magistrado interviniente deberá resolver de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta el tipo de violencia y con el fin de evitar su repetición, ordenará -en caso en que la víctima fuere menor de edad o incapaz- su guarda provisoria a quien considere idóneo para tal función, si dicha medida fuera necesaria para su seguridad psicofísica y hasta tanto se efectúe un diagnóstico de la situación. Agrega dicha norma que la guarda se otorgará a integrantes del grupo familiar o de la comunidad de residencia de la víctima. Atendiendo a su opinión y el derecho del niño a ser oído.

(3) En el sentido en que los magistrados sin perjuicio de las medidas establecidas en el inciso a) del presente artículo, en los casos de la modalidad de violencia doméstica contra las mujeres, podrá ordenar en caso de que la víctima fuera menor de edad, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta la opinión y el derecho a ser oída de la niña o de la adolescente, otorgar su guarda a un miembro de su grupo familiar, por consanguinidad o afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad.

(4) GROSMAN, Cecilia: «La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia». LL1984-B-806, p. 806.

(5) En este sentido, se expidió la C. Nac. Civ., sala D., 31/08/82, LL 1983-C-254, id., sala E, 6/04/88, S. 38.093, LL 1989-B-605.

(6) Destaco, en este punto el art.9 de la Convención sobre los derechos del niño que preceptúa el derecho del menor «a tener relaciones personales y contacto con ambos padres de modo regular, salvo, si ello es contrario al interés superior del niño», como se presenta en las situaciones abusivas y maltrato familiar.

(7)El término «visitas» lo considero inadecuado, a fin de la vinculación paterno-filial, ya que el padre y el hijo no se visitan, sino que entre ellos existe un vínculo, como tal, comunicándose a tal efecto, en donde emergen derechos y deberes. De tal manera, el término es inapropiado desvirtuando la naturaleza de la misma. La nueva ley civil modifica acertadamente el término al de «comunicación».

(8) En cuyo caso, el magistrado podrá decretar provisoriamente el derecho de comunicación con los

hijos.

(9) El magistrado interviniente deberá resolver de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta el tipo de violencia y con el fin de evitar su repetición la suspensión provisoria del régimen de visitas, como puntualiza la normativa, el régimen de visitas se verá suspendido en vistas a restablecerse.

(10) Dispone que, sin perjuicio de las medidas establecidas en el inciso a) del presente artículo, en los casos de la modalidad de violencia doméstica contra las mujeres, el magistrado podrá ordenar la suspensión provisoria del régimen de visitas.

(11) SANZ, Diana: Obstáculos empíricos, conceptuales..., p. 147, en LAMBERTI, Silvio: Maltrato infantil y riesgo del compromiso profesional, Ed. Universidad, 2002.

(12) LAMBERTI, Silvio: Maltrato infantil y riesgo del compromiso profesional, Universidad, 2002, p. 147.

(13) C. Nac. Civ., sala A., 26/6/85, LL 1985-E-151, íd., sala C., 25/10/94, JA 1996-III, síntesis, p. 163, N.º 21.

(14) C. Nac. Civ., sala B, 10/4/97, JA 1998-II-476.

(15) La Ley 24.417 en su art. 4 inc. d), en el orden bonaerense, la Ley 12.569 ampara dicha medida en su art. 7, inc.G, en el sentido de que el magistrado interviniente deberá resolver de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta el tipo de violencia y con el fin de evitar su repetición ordenará la fijación de una cuota alimentaria provisoria si correspondiese. La Ley 26.485 con criterio análogo dispone dicha medida alimentaria en su art. 26, inc. b.5), en el sentido en que los magistrados sin perjuicio de las medidas establecidas en el inciso a) del presente artículo, en los casos de la modalidad de violencia doméstica contra las mujeres, podrán ordenar en caso de que se trate de una pareja con hijos, la fijación de una cuota alimentaria provisoria, si correspondiese, de acuerdo con los antecedentes obrantes en la causa y según las normas que rigen en la materia.

(16) MEDINA, Graciela: Visión Jurisprudencial de la Violencia Familiar. Rubinzal Culzoni, 2002, p. 225.

(17) BELLUSCIO, Claudio: Juicio por alimentos y sus incidentes procesales. García Alonso, 2014, p. 96.

(\*) Abogada, UBA. Especialista en Derecho de Familia, UBA. Magíster en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, UBA. Docente, UBA. Coautora de Violencia familiar. Aspectos prácticos, Hammurabi. Disertante en congresos y seminarios. Letrada adjunta de Casa Refugio para Mujeres en Situación de Violencia "Mariquita Sánchez". Letrada patrocinante de Fundación Salud Activa. Autora en publicaciones jurídicas.