

**UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRES**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**  
**CARRERA DE DERECHO**  
**INSTITUTO DE INVESTIGACIONES Y SEMINARIOS**



**TESIS DE GRADO**

**“INCLUIR Y PROPONER EN EL CODIGO DE FAMILIA LA  
OBLIGATORIEDAD BAJO SANCION PENAL EL DERECHO DE  
VISITA DEL PROGENITOR PARA MANTENER EL VINCULO  
PATERNO O MATERNO FILIAR”**

**(TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIATURA EN DERECHO)**

**POSTULANTE: MORON MONJE VOSHLAVIA MALORI**

**TUTOR : Dr. FRANZ REMY CAMACHO**

**La Paz – Bolivia**

**2014**

## AGRADECIMIENTOS.

Agradezco a Dios por haberme dado la oportunidad de pertenecer a la Universidad Mayor de San Andrés, la misma que me otorgó el privilegio de pisar sus aulas y ser parte de una gran cadena de profesionales.

Asimismo mi más grande agradecimiento por toda la ayuda brindada a mi tutor el Dr. Franz Remy Camacho para lograr la culminación satisfactoria de este trabajo. De igual forma mi eterno y profundo agradecimiento y cariño a la persona que un día me dijo: “Las puertas de la Universidad se abren para ti y solamente de ti depende mantenerlas abiertas o cerrarlas”, al Dr. Raúl Jiménez Sanjinés.

## DEDICATORIA.

Este trabajo está dedicado enteramente a mi Mamá quien fue mi ejemplo de fortaleza y lucha incansable para conseguir siempre lo que uno sueña, el pilar fundamental en mi vida, de igual manera a mis abuelitos, mis tíos, mis primas que siempre estuvieron conmigo en todo momento.

En especial a mi Mentor, mi Maestro, mi Guía, la persona que deposito siempre su entera confianza en mí y me enseñó que todo se puede con perseverancia y entrega, al Dr. Teodoro Paul Molina Salazar.

# INDICE

RESUMEN	1
<b>CAPITULO I</b>	<b>3</b>
INTRODUCCION	3
1.1. IDENTIFICACION DEL PROBLEMA	11
1.2. HIPOTESIS	14
1.3. METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION	15
1.4. TECNICAS QUE SE UTILIZARAN EN LA TESIS	15
<b>CAPITULO II</b>	<b>17</b>
2.1. MARCO HISTORICO	17
2.1.1. Conceptualización de la Familia	17
2.1.2. Desarrollo histórico de La Familia como Categoría y Concepto	18
<b>CAPITULO III</b>	<b>26</b>
3.1. MARCO TEORICO	26
3.1.1. El Matrimonio; conceptualización del matrimonio	26
3.1.2. Matrimonio Religioso y Matrimonio Civil	29
3.1.3. El Divorcio	30
3.1.4. La Crisis Familiar	33
3.1.5. El Derecho de Visita y Comunicación	36
3.1.5.1. La Guarda o Custodia y la Patria Potestad	36
3.1.5.2. El Derecho de Visitas y Comunicación	38
3.1.5.2.1. La Visita: El Principio Páter Familias y Otros Enfoques Jurídicos	43
3.1.5.2.2. El Derecho de Visitas en el Marco del Interés Superior del Niño	47
Esquema 1: El Derecho de Visita y Comunicación en el Marco de la Doctrina de la Protección Integral del Menor	51
3.1.5.2.3. El Derecho de Visitas y Comunicación del Niño, Niña y Adolescente	52
3.1.6. Naturaleza Jurídica del Derecho de Visitas	56
Esquema 2. Derechos los de Progenitor y el “Interés Superior del Niño”	60
Esquema 3. Correlatividad de los Derechos – Deberes de Guarda,	

Custodia, Visita y Comunicación	61
Cuadro 1.Derechos y Obligaciones de los Progenitores en el Régimen de Visita y Comunicación	64
3.1.7. El Derecho de Visitas, la Padrectomia y la Alineación Parental	65
3.1.8. La Obstrucción del Derecho de Visitas Frente al Tribunal	79
<b>CAPITULO IV</b>	85
4.1. MARCO JURÍDICO	85
4.1.1. Obstrucción Del Derecho De Visitas Y Comunicación: Legislación Comparada	85
4.1.1.2. Estrategia de Acercamiento	85
4.1.1.3. La legislación Comparada. Objetivos y Categorías de Análisis	92
Cuadro 2.Legislación Comparada: el Derecho de Visita y Comunicación (DVC)	95
4.1.2. Panorama General	95
4.1.3. La Legislación de España	98
4.1.4. La Legislación de Argentina	100
4.1.5. La legislación de Venezuela	104
4.1.6. La legislación de Panamá	105
4.1.7. La legislación de Bolivia	106
4.2. Consideraciones Finales	118
4.3. CONCLUSIONES	119
<b>CAPITULO V</b>	121
5.1. PROYECTO DE LEY MODIFICATORIO	121
BIBLIOGRAFIA	123
ANEXOS	126

## RESUMEN

El matrimonio debido a la trascendental importancia que tiene para los esposos y los descendientes de esa unión, es un tema que llevó a profundas reflexiones por parte de filósofos, literatos, religiosos, sociólogos y principalmente juristas. Por su naturaleza se caracteriza por ser un acto jurídico consensual, voluntario y solemne.

De la unión de este vínculo matrimonial generalmente se llega a procrear descendencia, la misma que genera deberes de los padres hacia los hijos y recíprocamente, creando entre ambos un vínculo paterno o materno filiar, el mismo que siempre debe ser protegido por sobre todas las cosas.

Es así que la inmensa mayoría – sino todos- los tribunales de referencia poseen adscritos equipos multidisciplinarios compuestos por psicólogos, trabajadores sociales y otros profesionales de ayuda, generalmente sobre la base de ellos, los jueces suelen tomar sus decisiones en casos o situaciones tan seriamente profundas como aquellas que competen al principio del Interés Superior del Menor.

En tales casos, es necesario que todos los profesionales involucrados sean conscientemente sensibles y estén plenamente alertas a la posibilidad de que ambos o uno de los progenitores haya insertado al hijo en el centro mismo del conflicto, y en ese proceso “*triangulizándolo*” y/o estén manipulándole y alienándole, de forma evidente o subsumida del progenitor sin derecho de guarda. Esto, porque sin dudas ello pondría en evidencia que tal progenitor carece de las necesarias credenciales éticas y morales y las características sociales y psicológicas absolutamente necesarias para garantizar el ejercicio de su función de salvaguarda y colaborador parental en el desarrollo integral de sus hijos y protector de los *Derechos e Interés Superior del Menor*.

Se postula que es crucial que el análisis de la obstrucción al Derecho de Visita y Comunicación sea abordado a partir de una concepción del Derecho Penal, el Derecho de Familia y el Derecho del Menor en tanto niveladores y superadores del conflicto en busca de la resolución y reparación efectiva como sustituto del castigo y la penalización, llegando a éste como ultima ratio cuando se hubieren agotado todas las alternativas posibles. Así, la concepción tradicional del Derecho como artífice,

gestor e instrumento de la pena y el castigo es superada por otra humanista, reparadora, igualitaria, preventiva, rehabilitadora y no alienante.

El Derecho de Familia en particular cuenta con una variedad de alternativas y medidas civiles preventivas, compulsorias y sancionatorias que, accionándolas y aplicándolas con equidad, permiten entender efectivamente para manejar, controlar y prevenir los efectos devastadores de la obstrucción al Derecho de Visita y Comunicación. Así, aplicar inmediata y directamente medidas punitivas al progenitor que interfiere u obstruye el Derecho de Visita y Comunicación puede ser, contrario a su propósito original, fuente generadora de la ampliación y profundización de la animadversión entre los progenitores contendientes y, consecuentemente, en el peor de los escenarios, de maltrato de menores y violencia domestica. Esto es, una medida punitiva insensible que puede provocar en el progenitor afectado la comisión de otras conductas legalmente punibles de carácter más severo, ahondando la crisis familiar a la vez que contribuye significativamente a la victimización crítica del menor cuyos derechos pretenden sustentar y apoyar.

No resulta positivo ni aceptable, desde ninguna perspectiva, incluyendo la del Derecho humanitario, la solución salomónica de remover al menor del hogar en tales circunstancias por el ya mencionado efecto de la victimización mayor.

# CAPITULO I

## INTRODUCCION

Uno de los principios fundamentales que atraviesa la investigación aquí presentada se refiere a la Doctrina de Protección Integral de la Niñez. El mismo se difundió, evolucionando desde “ concepto” a “principio” a “doctrina”, por América Latina durante la década de 1990 a partir del Estatuto da Crianca y do Adolescente, adoptado por Brasil en 1990 y que buscaba sustituir la tradicional Doctrina Tutelar cuyo centro giraba en torno al adulto en tanto fuente decisional para todo asunto relacionado a la niñez. Ciertamente Colombia había adoptado en 1989 una ley conteniendo disposiciones inspiradas por el entonces proyecto de Convención sobre los Derechos del Niño. No obstante, para fines de precisión, si bien utilizaba el término integral, era en referencia a la atención, al desarrollo, a la formación y a la rehabilitación. Esto es, no hacía referencia a la protección integral.

Los códigos posteriores sí adoptaron, de diversas maneras, dicho principio: Bolivia y Ecuador (1992), Perú y El Salvador (1993), Honduras (1996), Costa Rica, Nicaragua y Venezuela (1998), México (2000), Paraguay (2001), Guatemala (2003). Prácticamente todos los países, después de sus primeras versiones, realizaron sustanciales enmiendas. Bolivia, por ejemplo, de su Código del Menor de 1992, paso a su Código del Niño, Niña y Adolescente en 1999.

Ciertamente algunos de esos primeros códigos poseían una serie frecuentemente desarticulada de normas basadas en la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>1</sup> y de normas represivas heredadas de la antigua legislación tutelar. Dichos códigos fueron reformulados sustancial o completamente. Así, el Código del Menor de Bolivia en 1992 fue derogado y sustituido por el Código del Niño, Niña y Adolescente de 1999; el Código de Menores de Ecuador de 1992, por el Código de la Niñez y Adolescencia de 2003, el Código de Familia adoptado por El Salvador en 1993, que sufrió varias reformulaciones (1998 y 2004) manteniendo el mismo nombre, fue el único que otorgaba un lugar central a la protección integral del niño; y el Código de la Niñez y Adolescencia de Nicaragua de 1998, por otro de igual

---

<sup>1</sup>Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, el 20 de noviembre de 1989.



título en 2003. Eventualmente, tal proceso regional de reforma legislativa en asuntos de la familia y la niñez culminó en el desarrollo de la Doctrina de Protección Integral.

Es oportuno hacer un paréntesis para destacar que, entre 1950 y los 1990`s fueron aprobados una serie de estatutos fundamentales a los derechos humanos<sup>2</sup> en Europa, América y África. Así, el 4 de Noviembre de 1950 fue aprobado el Convenio (Europeo) para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Pacto de Roma) y entro en vigor el 3 de septiembre de 1953. En esta misma fecha, el Convenio instauró el sistema de control y de supervisión de los derechos humanos más evolucionado que existe hasta la actualidad, con un órgano de naturaleza jurisdiccional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo. En América, surge un sistema similar al aprobarse, el 22 de Noviembre de 1969, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que tardo once años, hasta 1978, para entrar en vigor. Asimismo, en 1981 fue suscrita la Carta Africana de los Derechos y de los Pueblos, que entro en vigor en 1986 y para 1994, fue aprobada la Carta Árabe de Derechos Humanos.

Con estas declaraciones, convenciones y tratados se ha creado un rico cuerpo jurídico internacional de protección y promoción de derechos humanos, como resultado de voluntad política de los Estados que promovieron con carácter prioritario la defensa irrestricta del ser humano como sujeto de protección internacional, los cuales, sin duda; dieron origen a todo un conjunto de normas internacionales denominado Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y que establecen derechos, instituciones y procedimientos universales con el objetivo de poner fin a las violaciones sistemáticas de derechos humanos producidos fundamentalmente en el seno de gobiernos dictatoriales y crear condiciones para lograr mejores condiciones de desarrollo, el mismo que ha dado origen a un orden jurídico internacional de la cual se derivan diversos organismos jurisdiccionales supranacionales encargados de la defensa y protección de estos derechos universales e inalienables a nivel regional y hemisférico.

---

<sup>2</sup>Los Derechos Humanos constituyen, de acuerdo con diversas filosofías jurídicas, aquellas libertades, facultades, o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a toda persona, dada su condición humana, necesarias para garantizar una vida digna. Son independientes de factores particulares como el estatus, sexo, etnia o nacionalidad, y son independientes o no dependen exclusivamente del ordenamiento jurídico nacional vigente.

A continuación entonces, se observara como la evolución en el reconocimiento y protección de los derechos humanos han impactado directamente la protección y los derechos de los menores y, en el mismo proceso, de las familias. Proceso iniciado con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>3</sup> cuando, en su Artículo XXX, considero a la familia como sujeto de obligaciones al establecer claramente el deber de los progenitores a “asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad”. Por otra parte, el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>4</sup> de la remuneración equitativa y adecuada, y, en el Artículo 23.3, *“Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”*. Esta Declaración Universal se ha constituido en la normativa internacional sobre derechos humanos, cuando, en su Artículo 16.3, reconoce a la familia como *“el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”*. No debe ser pasado por alto que esta normativa considera a la familia como uno de los pocos sujetos colectivos dentro del derecho internacional relacionado con los derechos humanos.

Más aún, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, también reconoció, en su Principio 6 *“El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material”*<sup>5</sup>. Debe estar claro que la normativa internacional, si bien no reconoce abiertamente a la familia como sujeto de este derecho, señala expresamente que el contenido del derecho del individuo a la intimidad o a la

---

<sup>3</sup> Aprobada en Bogotá durante la IX Conferencia Internacional Americana, conjuntamente con la Carta Constitutiva de la Organización de Estados Americanos (OEA), el 2 de Mayo de 1948.

<sup>4</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A(III), del 10 de diciembre de 1948.

<sup>5</sup> El Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño hace eco al mismo cuando reconoce *“que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.”*

privacidad comprende el derecho a protección contra injerencias arbitrarias en su familia.<sup>6</sup>

Ciertamente, la perspectiva general de tales normativas internacionales quedo totalmente transformada con la adopción de la ya mencionada Convención sobre los Derechos del Niño (1989) en la cual la dinámica entre la familia, el Estado hacia el niño paso a ocupar un lugar central. La misma posee tres ejes: los deberes del Estado hacia el niño, los deberes de la familia hacia los niños y las obligaciones del Estado hacia la familia. Es decir, los derechos del niño con respecto al trato que recibe en la familia y frente a la sociedad y a las instituciones y autoridades públicas, y los derechos de la familia frente al Estado.

Con respecto a las responsabilidades de la familia, la Convención, en sus Artículos 18 y 27 contienen elementos claves de la Doctrina de Protección Integral. Así, el primer párrafo del Artículo 18 establece: “*Los Estados 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*”. En seguida, el segundo párrafo define la responsabilidad del Estado indicando: “*A los efectos de garantizar y promover los derechos, enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestaran la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velaran por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños*”, aquí el concepto de crianza hace referencia principalmente a las obligaciones de los padres en torno al “sano desarrollo de la personalidad” de sus hijos.

Por otro lado, su Artículo 27 consagra ese principio sobre las “necesidades materiales” de la niñez al reconocer en su primer párrafo “*el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social*”. El segundo párrafo atribuye a los padres “*la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño*”. El tercer párrafo establece la obligación del Estado a adoptar “*.....Medidas apropiadas para ayudar a los padres y*

---

<sup>6</sup>C.FR. Artículo 12 de la Declaración Universal.

*a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y en caso necesario, proporcionar asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda*". Queda entonces definida la "corresponsabilidad" entre familia y Estado; la primera, de proteger los derechos del niño, y el segundo, de coadyuvar a la familia a lograrlo, en la medida en que ella no posea recursos propios para satisfacer todos los derechos elementales de la niñez.

Otra disposición de gran relevancia para dinámica entre el niño, la familia y el Estado se encuentra en el Artículo 5 de la Convención, al establecer el siguiente principio:

*"Los Estados Partes respetaran las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención"*.

Esto es, los padres, y la familia en general, tienen una doble obligación hacia sus hijos: la de proporcionar dirección y orientación, y la de permitirles ejercer sus derechos. Tanto el autoritarismo como la permisividad son contrarios a este principio. La familia no debe negarles a sus hijos el ejercicio de sus derechos legítimos, ni fomentar la falsa idea que los derechos no conllevan límites y responsabilidades. Hay que buscar el medio justo entre los dos extremos, tomando en cuenta la edad y madurez del niño. Ahora bien, en la medida en que los padres cumplan razonablemente con la obligación descrita, el deber del Estado, de acuerdo con el Artículo 5, es respetar esta dinámica natural entre la familia y el niño. En la medida en que los padres no tienen los conocimientos o la aptitud necesaria para cumplir cabalmente con este derecho y deber, la obligación del Estado es la que se señala en el Artículo 18, es decir, proporcionarles la asistencia que necesitan para poder enfrentar esta tarea con éxito. El Artículo 19.2, a su vez, precisa que dicha asistencia puede comprender programas educativos y sociales, así como medidas de

prevención y de protección eficaces que proporcionen *“la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él”*.

Por otra parte, los Artículos 9 y 19 de la Convención aluden a situaciones y casos extremos en los cuales los padres. Por una razón u otra, carecen de las cualidades necesarias para garantizarles a sus hijos *“condiciones adecuadas para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social”*. El primero reglamenta, en su primer párrafo, la separación del niño de su familia para efectos de protección:

*“Los Estados Partes velaran por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”*.

El Artículo 19, por su parte, reconoce ese derecho a la protección *“contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras.....se encuentre bajo la custodia de los padres....”*

Resumiendo, el concepto de “corresponsabilidad” es recogido por los nuevos códigos seguidores de la *Doctrina de Protección Integral* ya que implica un rechazo de la *Doctrina Tutelar de Protección de la Niñez*, donde la principal medida era la separación del niño de su entorno familiar, cuando los padres amenazaban el bienestar del niño. Se rechaza así un sistema de protección desprovisto de garantías, donde todo lo que se hacía, era para “el bien del niño”, al considerárseles innecesarias y hasta inconvenientes. Sin embargo, de forma subsumida, en lugar de ayudar al niño a desarrollar su autoestima y un determinado proyecto de vida, le privaba de libertad y vulneraba su dignidad, prácticamente creándoles una vida futura de marginalización y violencia. En cambio, el concepto de “corresponsabilidad”, lejos de juzgar y culpar a las familias que no pueden ofrecerle a sus hijos condiciones

dignas de vida, reconoce su derecho a que el Estado provea programas y políticas sociales que les permita cumplir con sus deberes paterno – filiales.

Las repercusiones de tales normativas en las Constituciones y códigos (Civiles y de Familia) nacionales son altamente significativas ya que han consagrado el principio de igualdad de derechos y deberes de los cónyuges, o del padre y de la madre. La Constitución de Colombia adoptada en 1991, por ejemplo, en su Artículo 44 establece: “*Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes*”. El Código de Familia de El Salvador también consagra la igualdad de los cónyuges como principio rector, y precisa, en sus Artículos 31 y 207, respectivamente, que “El trabajo del hogar y el cuidado de los hijos, serán responsabilidad de ambos cónyuges...” y que “El ejercicio de la autoridad parental corresponde al padre y a la madre conjuntamente....”.

Es crucial ahora, por su relevancia para el presente estudio, finalizar esta sección planteando algunos elementos básicos relacionados con el principio medular consagrado por la Convención sobre los Derechos del Niño: el de la primacía de los intereses superiores del niño sobre cualquier otra consideración. Así, en su Artículo 3 establece: “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”. Continúa más adelante, en el primer párrafo del Artículo 18, estableciendo dicho principio para la familia cuando declara: “*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*”.

Otras disposiciones, como el Artículo 9, subrayan la relevancia de este principio para cuestiones vinculadas al *Derecho de Familia*. Dicho artículo establece que ningún niño puede ser separado de su familia, a menos que sea absolutamente necesario para la protección del *interés superior* del niño. En su Artículo 9.3 establece que dicho principio constituye el criterio primordial para determinar cuándo se justifica la suspensión del derecho del niño a mantener comunicación con sus

padres. La *Convención* integra a su esfera también la situación de los menores susceptibles o en proceso de adopción al disponer, en su Artículo 21, que el *interés superior* del niño debe ser “la consideración primordial” en todo lo que se refiere a la adopción.

En la América Latina, los diferentes códigos relativos a la niñez obviamente se hacen eco de dicho principio, ubicándolo en lugar preponderante en las normativas y políticas relativas a la niñez y adolescencia. No obstante, ocasionalmente ha existido cierta polémica bajo la argumentación de que la misma otorga al Estado un margen discrecional demasiado amplio que, en última instancia, puede servir para limitar o negar los derechos de los niños. Para contener tal posibilidad el *Código de Niñez y Adolescencia* de Ecuador, por ejemplo, dispone, en su Artículo 11: “*El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla*”.

En conclusión, son muchos y complejos los procesos normativos desarrollados en América Latina desde la década de 1990. Todos han sido, desde diferentes perspectivas y niveles de profundidad, eficaces en la defensa del interés superior de la niñez. Sin embargo, sus limitaciones mayores han estribado, en primer lugar, en la dificultad para superar definitivamente la “adulto-céntrica Doctrina Tutelar”. Esta es la situación cuando, a modo de ejemplo, se confrontan situaciones de violencia doméstica, abuso sexual o delincuencia, o “situaciones irregulares diversas” (como los “migrantes”, “institucionalizados”, “discapacitados”, “infractores”, etc.) donde aplica la ley de protección al niño, niña, adolescente, pero también aplican otras normativas o procedimientos que no han sido reformados y adecuados a la Doctrina de Protección Integral a la Niñez. Igualmente problemático es la ausencia de reglas de procedimientos y de protocolos dirigidos a proteger a los niños, niñas, adolescentes y no a asegurar que los adultos – o la familia – se vean involucrados en procesos legales dentro del fuero ordinario.

Finalmente, sigue siendo demasiado obvio un desconocimiento – muchas veces consciente- de las autoridades policiales, judiciales y socio-sicológicas con respecto a la legislación de protección al niño, niña, adolescente, las normas de

procedimiento y protocolo y demás aspectos relacionados. Así, el camino avanzado desde la década de 1990 hasta casi la primera del 2000, ha sido largo, tortuoso, pero fructífero. Al presente, se estima aquí que existen varias tareas sustanciales e ineludibles a emprender por el Estado, la sociedad y los organismos nacionales e internacionales para hacer una verdadera realidad la *Doctrina de Protección Integral a la Niñez*. Todas y cada una relacionadas con la búsqueda de soluciones prontas y eficaces a los obstáculos antes mencionados y a la visualización de los niños, niñas, adolescentes como actores sociales imperativos a considerar en el centro mismo del proceso.

### 1.1. IDENTIFICACION DEL PROBLEMA.

La ruptura de la convivencia de una pareja – casada legalmente o no – genera, mayor conflicto, cuando existen hijos mutuos por la necesidad de atribuir a uno de los padres el ejercicio exclusivo de la función parental: “tenencia”, “guarda”, “custodia”, “a cargo”, “cuidado exclusivo”.<sup>7</sup> En este aspecto, generalmente, la adscripción de tal función debe ser reconocida en los procesos de separación de cuerpos, separación judicial y /o divorcio vincular. No obstante ello, en buena medida las leyes suelen reconocer la autonomía de la voluntad de los padres que se separan, al momento de decidir cuál de ellos debe quedar a cargo del cuidado de los hijos.

De hecho, acuerdos mediante homologación judicial se admiten en **Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, México**, y, entre otros, **Perú**. Acuerdos de custodia documentados sin intervención judicial son aceptados entre padres no casados entre sí en **Argentina, El Salvador y Panamá**, **Bolivia** presenta una fórmula similar, pero queda a criterio judicial el contenido del acuerdo, pudiendo inclusive, por razones de moralidad, salud o educación derivar la guarda a los abuelos paternos o maternos, incluyendo a los tíos de las niñas y los niños, o terceros, con una amplitud de criterios que aproxima peligrosamente la solución a la superada doctrina de la situación irregular.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Términos utilizados indistintamente en atención a las denominaciones que las leyes de diferentes países emplean.

<sup>8</sup> Art. 145 del Código de Familia



Por otra parte las legislaciones latinoamericanas en general prevén la *intervención judicial para casos conflictivos*. Más aun, por regla general también, la pauta de adjudicación de la tenencia de los niños, niñas, adolescentes considera la “aptitud” del padre para enfrenar el cuidado de los hijos. Sigue, no obstante, una marcada preferencia hacia la madre: **Argentina** (cuando los hijos son menores de cinco años), **Bolivia, Chile, Costa Rica** (en caso de hijos extramatrimoniales), y Honduras, **Panamá, Paraguay y Venezuela** (para los hijos menores de siete años).<sup>9</sup> La situación en **Ecuador** merece una consideración particular ya que formalmente coexisten dos cuerpos legales que regulan esta situación: el *Código Civil y el Código de Niñez y Adolescencia* que, en realidad, han optado por una “*compatibilización salomónica*” los hijos menores de 12 años quedan preferentemente a cargo de la madre, mientras que por arriba de esa edad, con el padre “más apto”. En igualdad de condiciones o “aptitudes”, la madre sigue ocupando lugar preferencial.

En los estatutos nacionales e internacionales referentes a la protección infantil ha quedado establecido que, en la toma de decisiones con respecto a cuál de los progenitores debe adjudicársele la custodia, tenencia o guarda, debe predominar “el interés superior del niño” y, acorde con su edad y capacidad o habilidad para expresar sus deseos, sentimientos o expectativas, debe aplicarse el principio procesal del “derecho del niño a ser escuchado”.

Principio este que el *Comité de los Derechos del Niño*<sup>10</sup> considera esencial y que, además, ha quedado sustentado en el Artículo 12 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*. El primer párrafo del mismo reconoce el derecho del niño a “expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan....”de acuerdo a su edad y nivel de madurez. Es decir, se le reconoce y preserva tal derecho desde el momento en que “*esté en condiciones de formarse un juicio propio...*”. El segundo párrafo, confirma la aplicabilidad de este principio a procedimientos legales o administrativos, precisando que es menester proporcionar al niño “*oportunidad de ser*

---

<sup>9</sup>C. Fr. <http://www.iin.oea.org/IIN/indez.shtml>.

<sup>10</sup>El Comité de los Derechos del Niño es el organismo responsable de supervisar la forma en que los Estados signatarios cumplen sus obligaciones con la Convención sobre los Derechos del Niño. Los mismos tienen la obligación jurídica de implementar los derechos reconocidos por el tratado y deben presentar informes periódicos al Coite sobre la manera en que se facilita el ejercicio de los derechos. Este sistema de vigilancia de los derechos humanos es común a todos los tratados de la *Organización de Naciones Unidas en materia de derechos humanos*.

*escuchado... ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado”*

El artículo 9.2 del *Convenio* establece que en procedimientos relativos a la custodia o la suspensión o pérdida de autoridad paterna, “*se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.*” Así, por ejemplo, el código de Ecuador adjudica al tribunal competente la obligación de escuchar a los menores en condiciones de expresar su opinión, previo a decidir el ejercicio de la *Patria Potestad*.<sup>11</sup>

Justamente sobre estos elementos esenciales es que se sustenta la justificación de la investigación realizada. Ello, porque, primero, las disputas personales, familiares y judiciales entre los progenitores con respecto a la guarda y al derecho de visita, familiares y judiciales entre los progenitores con respecto a la guarda y al derecho de visita, ha llegado a convertirse, a su vez, en un fenómeno ascendente y sumamente controversial y violento en la sociedad boliviana en particular. A través del desarrollo de la investigación aquí presentada, se ha pretendido esclarecer las diversas áreas de impacto a fin de vislumbrar y precisar alternativas para redimensionar la práctica judicial por lo que considero como sujeto de estudio, a los jueces de Partido e Instrucción de Familia cuya percepción y experiencia ira en beneficio, (dentro de lo posible), de la reconstitución positiva de la comunicación inter – parental y la efectivización del principio referente al “mejor interés del niño”

Revisando la Legislación boliviana nos damos cuenta que existe un vacío jurídico en relación al Derecho de Visitas, debido a que no existen normas que puedan permitir que los Jueces de Familia puedan hacer cumplir el Derecho que tienen los progenitores no custodios el momento de tener que ver a sus hijos.

**El Artículo 146 del Código de Familia señala (Autoridad de los padres, tutela, derecho de visita y supervigilancia).** Cada uno de los padres ejerce la

---

<sup>11</sup> *Patria Potestad*: poder del concepto romano de pater familias. Se refiere al conjunto de derechos y obligaciones legalmente reconocidas a los progenitores sobre las personas y bienes de sus hijos menores de edad o incapacitados, a fin de permitir el cumplimiento de los deberes y responsabilidades poseen en cuanto al cuidado, atención sostenimiento y educación de los hijos. La reducción del poder conferido a los progenitores mediante la *Patria Potestad* es establecida y reglamentada por las legislaciones nacionales, ya que su función tiene como límite el “*interés superior de los hijos*”. Así, cada estructura de poder público (gobierno) puede privar de la *Patria Potestad* a los progenitores, a través de procedimientos judiciales (juicios ordinarios civiles), cuando entiende que no está siendo o no será protegido el “*interés superior de los hijos*”.

autoridad que le corresponde sobre los hijos confiados a su cargo. Si la guarda se confía a los ascendientes o hermanos de los cónyuges, o a un tercero, se aplican respecto a estos, las reglas de la tutela.

***No obstante, el padre o la madre que no ha obtenido la guarda tiene derecho de visita en las condiciones que fije el juez y el de supervigilar la educación y el mantenimiento de los hijos, con arreglo al artículo 257.***

**Artículo 257** del Código de Familia.- **(Derechos de los padres que no ejercen autoridad).** Los padres que no ejercen su autoridad pueden conservar con sus hijos las relaciones personales que permitan las circunstancias y supervigilar su mantenimiento y educación, a no ser que a ello oponga el interés de dichos hijos.

Los mismos son utilizados por los Jueces el momento de señalar el Derecho de Visitas para el progenitor no custodio, pero sin embargo no existe un mecanismo por el cual se pueda coaccionar al progenitor custodio para hacer que cumpla con el derecho del padre no custodio, ni en el Código Penal, ni en el Código Civil, etc.

Por lo que la presente investigación se basa en ese problema, en el vacío jurídico existente en nuestra legislación, el momento de hacer cumplir el Derecho de Visitas del Progenitor que no adquiere la guarda de los hijos habidos en el matrimonio, por lo que proponemos exista la posibilidad de sancionar penalmente dicha obstrucción, pudiendo el Juez de Familia en primera instancia tener la facultad de ordenar que se pueda expedir orden de allanamiento al domicilio del progenitor custodio.

Pretendiendo asimismo modificar el art. 146 del Código de Familia, incluyendo en su última parte ***“La facultad de que el Juez de Partido en Materia Familiar pueda expedir la orden de allanamiento al domicilio del progenitor custodio, para salvoguardar la relación paterno o materno filiar.”***

## **1.2. HIPOTESIS.**

El incumplimiento del *Derecho de Visitas* por parte del progenitor custodio, genera conflictos legales en la aplicación del Código de Familia por parte de los Jueces de Familia ante la ausencia normativa.

### **1.3. METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION**

Los métodos utilizados para la presente investigación fueron:

1. **“No experimental”**.- Se determinó y observo el fenómeno tal y como se da, para jerarquizar, analizar y arribar a conclusiones sobre como es y cómo se manifiesta bajo estudio y sus componentes. Se realizó un proceso racional y sistemático de sus características, relaciones y articulaciones generales y particulares partiendo de ciertos atributos.
2. **“Deducción”**.- Se estudiaron los elementos y componentes prioritarios, de acuerdo a los supuestos, objetivos e hipótesis planteados relacionados directamente con el fenómeno (características, causas y consecuencias) del incumplimiento del derecho de visita de padres que tienen la guarda.
3. **“Descriptivo”**.- Ya que el propósito del mismo es describir situaciones y eventos. Se lo utilizo para evaluar diversos aspectos y dimensiones que creímos importantes, con respecto a personas que se sometieron a la investigación.

Nuestra investigación se basó también mucho en relación al Derecho Comparado ya que se utilizaron varias Legislaciones Internacionales para poder hacer efectiva nuestra hipótesis, logrando detallar las experiencias que tienen otros países en sus legislaciones en relación al derecho de visitas, para así poder determinar las ventajas y riesgos que existirían el momento de aplicar en nuestra legislación la sanción penal hacia el incumplimiento del derecho de visitas del padre custodio.

Comprendiendo así que la Legislación en muchos países es más avanzada que la nuestra, permitiéndonos lograr un crecimiento importante a nivel Legislativo.

### **1.4. TECNICAS QUE SE UTILIZARAN EN LA TESIS.**

Para nuestra investigación se tomaron en cuenta diversas técnicas, como la observación, ya que ha momento de empezar con el trabajo pudimos observar que el problema planteado en nuestra investigación era y es algo muy frecuente entre las personas que inician un proceso de divorcio.

Es en este entendido que decidimos realizar una encuesta en la cual fueran ellos mismos, los directos afectados los que nos dieran sus opiniones acerca de la

obstrucción que sufren ha momento de querer hacer ejercer su Deber – Derecho al querer ellos pasar más momentos con sus hijos, toda esta información fue recabada en los predios de los Juzgados de Familia tanto de Instrucción como de Partido de la Ciudad de La Paz, y se tomo como muestra a las personas directamente afectadas con el incumplimiento al Derecho de Visitas, así como también se la realizo a los 8 Jueces de Partido en Materia Familiar, como a los 5 Jueces de Instrucción en Materia Familiar.

## CAPITULO II

### 2.1. MARCO HISTORICO.

#### 2.1.1. Conceptualización de la Familia.

La familia constituye en todo planteamiento y análisis histórico – cultural y económico, independientemente del referencial teórico utilizado, el núcleo básico de toda sociedad. Le marcan, por ende, dos elementos fundamentales: el devenir histórico y la evolución y características de la estructura económica sobre la cual se fundamenta. Por otra parte, desde una perspectiva sistémica, constituye una totalidad compuesta por partes interrelacionadas, que evoluciona en el tiempo mientras describe un ciclo vital vinculado con el medio circundante. Esta posee, entre sus funciones primordiales, actuar en todo tiempo y lugar como un mecanismo de transmisión de normas, tradiciones, valores y costumbres que condicionan el estilo de vida y trabajo desarrollado por cualquier individuo.

Desde la perspectiva jurídica, la familia es considerada como una institución social, natural y permanente compuesta por personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación.<sup>12</sup> Así, Chávez Asencio (1997) sostiene que “la familia es la unidad de personalidades interactuantes que forman un sistema de emociones y necesidades relacionadas entre sí, de la más profunda naturaleza, además de ser la unidad fundamental de la sociedad.”<sup>13</sup> Por su parte, Messineo (1971)<sup>14</sup>, define a la familia como “un conjunto de dos o más personas que viven ligados entre sí, por el vínculo colectivo recíproco e indivisible de matrimonio, de parentesco o afinidad, y que constituye un todo unitario”. Asimismo, Jiménez Sanjinés (2006)<sup>15</sup>, define la familia en sentido general, como el “conjunto de personas unidas por un lazo de parentesco, de matrimonio o adopción. En otros términos, el conjunto de personas unidas por el vínculo consanguíneo o legal”, en sentido estricto, “La familia designa a las personas que viven bajo el amparo del jefe de familia, bajo el mismo techo de este y bajo su protección económica”. La familia se ha repetido tan frecuentemente que la familia es “la célula social por excelencia”, que

---

<sup>12</sup> Osorio, Manuel. (2012). Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Bs. As.: Heliasta Pag. 406.

<sup>13</sup> Chávez Asencio, Manuel (1997). La Familia en el Derecho. México: Porrúa. Pág. 470.

<sup>14</sup> Messineo, Francesco. (1971). Manual de Derecho Civil y Comercial. Bs. As.: Jurídica Europa América

<sup>15</sup> Jiménez Sanjinés, Raúl (2006). Lecciones de Derecho de Familia y Derecho del Menor. La Paz - Bolivia

no se sabe ya a quien atribuir la paternidad de tan exacta formula. En el concepto moderno, familia –en sentido estricto-, es el conjunto de dos o más individuos ligados entre sí por un vínculo colectivo, reciproco e indivisible, de matrimonio, de parentesco o de afinidad (familia en sentido naturalístico), que constituye un todo unitario.<sup>16</sup>

### **2.1.2. Desarrollo histórico de La Familia como Categoría y Concepto.**

Muchas son las teorías que se han desarrollado con relación al origen de la familia, tanto desde la antropología, la sociología, la psicología, la economía, y, por supuesto, el derecho. Los análisis y teorizaciones de Engels (1983)<sup>17</sup> constituyen una de las piedras angulares al respecto. Este sostiene que la función principal y determinante de la familia en el proceso histórico, es la producción y reproducción de los medios de producción material y espiritual. Obviamente, se refiere a los medios de subsistencia, todo lo que tiene que ver con la generación de alimentos, abrigo, vivienda y otros y su reproducción cada vez en mayor escala de acuerdo a las necesidades y el contexto.

Por otro lado, además del vínculo innegable entre la estructura económica y la sociedad, existe otro igualmente innegable: su relación con la superestructura y que queda expresada en términos ideológica, espiritualidad y valores. En esta esfera, la familia posee una significación extremadamente positiva y absolutamente necesaria para la sociedad, por lo que constituye un valor *en sí y por sí misma*. Como forma primaria de organización humana, como célula comunitaria existente en cualquier tipo de sociedad, la familia siempre ha sido el primer grupo de referencia para cualquier ser humano. Más aun es el más inmediato y primario medio de socialización y comunicación del ser humano y ello le otorga un lugar privilegiado, un valor especial dentro del sistema de relaciones sociales. En esa misma línea, las primeras orientaciones de valor que recibe un niño son aquellas vinculadas a su propia sobrevivencia, a lo que es imprescindible hacer para garantizarla. Allí también se adquieren las primeras normas de conducta y de relación emocional y social, todos estos valores se asumen por el niño sin cuestionamiento y como parte esencial de un proceso lógico y natural de identificación con su medio social inmediato - la familia – que sintetiza para él lo que es el género humano.

---

<sup>16</sup> Arguello, Luis Rodolfo(2000).Manual de Derecho Romano, Historia e Instituciones. Ed. Astrea. Ciudad de Buenos Aires.

<sup>17</sup> Engels, Federico. (1983). El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado.

Ciertamente, la familia, al instituir dentro de su radio de acción, los valores y normas operantes dentro de su propio nivel “privado” de acción, transmite y regula la comunicación, las relaciones y las costumbres proyectándolas en determinadas actitudes y conductas que se expresan entonces en el mundo extra – familiar. En los menores tal proceso se cristaliza por mediación de los lazos de apego emocional y afectivo en su vida cotidiana y no mediante procesos racionales o lógicos. Otro fuerte mecanismo de adquisición y reproducción de actitudes y conductas, patrones de comunicación y afectividad es el del “modelaje” o la práctica de aquello que percibe, observa, escucha o siente dentro de su cotidiano entorno. En consecuencia, si lo que “capta”, por ejemplo, son prácticas de comunicación efectiva y respeto al derecho y la integridad humana, aunque aun no los comprenda ni pueda deslindar intelectualmente, si los absorberá emocionalmente y los reproducirá conductualmente. Es decir, reproducirá lo que encuentra, descubre, observa en el mundo real de su cotidianidad (comportamiento concreto) y no lo que escucha a partir de palabras y conceptos abstractos (comportamiento ideal esperado). Ello porque estos resultan confusos e incomprensibles, mientras que aquellos logra “vivenciarlos” y sentir sus efectos positivos o negativos.

Este proceso no fue en absoluto unilineal, sino que estuvo indeleblemente marcado por un largo y escabroso proceso de desarrollo histórico, social, económico, cultural y espiritual. A continuación se sintetiza esquemáticamente el mismo a fin de observar las distintas modalidades de familia generadas en el devenir histórico.

En un primer nivel, es importante señalar que la familia, en tanto realidad objetiva constituye un hecho social, económico y jurídico. También constituye un hecho abstracto – concreto, una “construcción social” que posibilita aprehender sus “múltiples determinaciones”, a la misma vez que su gran complejidad. En un segundo nivel, se utilizarán las categorías de estudio más comunes con fines de claridad expositiva y analítica.

Basta solamente mencionar que fue justamente la urgencia de satisfacer las necesidades básicas de todo ser humano –alimento, abrigo, protección, afecto, pertenencia, etc. – lo que propició el acercamiento y la convivencia con propósitos definidos. De allí, surgieron, según el contexto y la época, variedad de modalidades



de “familia”, primitiva. Consanguínea, matrilocal, patrilocal, endogámica, exogámica, polimorfa, etc., hasta llegar a la más conocida en la actualidad, la monogamia. Cualquiera fuere la modalidad o forma estructural asumida, indeleblemente ha estado vinculada tanto a la estructura y superestructura vigente, como a los, deberes, funciones y responsabilidades adscritos por la sociedad civil y política correspondiente.

Sin embargo, en Occidente, no es hasta que concretizan históricamente las ciudades – Estado durante la Época Antigua, cuando puede observarse la gestión reglamentadora y, si se quiere, jurisprudencial, en el núcleo familiar. Originalmente se considera que surgieron en la Mesopotamia del siglo IV a.C. y cristalizaron eventualmente desde la “polis” de la Grecia Antigua a las grandes ciudades – Estado en Atenas, Corinto y Esparta (800 a.C. – 300 a.C.). En América, debe destacarse que la gran cultura Maya generó sus propias ciudades – Estado conocidas como Chichén – Itzá y Calakmul en México, y Tikal en Guatemala.

Características generales en todas ellas fueron, sin dudas, la subordinación de la familia al Estado, y de las mujeres, los hijos y las propiedades al hombre. Al respecto, Grosman, Mesterman y Adamo (1992 b)<sup>18</sup> destacan que *“la familia se asentaba en base a la preponderancia del hombre sobre la mujer, encontrándose esta rígidamente sometida, su función consistía en cuidar la casa, procrear y brindarle placer sexual”*.

En Grecia, por ejemplo, el Estado definía y determinaba todos los elementos de la organización familiar. De hecho, el “matrimonio” era obligatorio a fines de mantener la estabilidad interna, promover el crecimiento poblacional y poseer suficientes elementos humanos a fin de asegurar la producción económica y engrosar su magnífico ejército.

Roma, por su parte, desarrolló una amplia gama de medidas sociales y legislativas de las que aún continúan nutriéndose las Constituciones y normativas nacionales e internacionales, especialmente en el ámbito del derecho de Familia. Algunos conceptos romanos trascendentales son los siguientes:

---

<sup>18</sup> Grosman, Cecilia, Mesterman, Silvia y Adamo, María T.(1992b). Violencia en la familia. La relación en la pareja

**“Cognación”**.- El parentesco fundado en el vínculo de sangre que unía a las personas que descendían unas de otras o de un autor común, que tanto podía darse en la línea masculina como en la femenina, se denominaba en Roma Cognación.<sup>19</sup>

**“Agnación”**.- El parentesco civil reconocido por el derecho romano que unía a todas las personas que estaban sometidas a la patria potestad (patria potestas) o potestad marital (manus) de un jefe o paterfamilias común.

**“Pietasfilii”**.- Alude al deber recíproco de piedad y solidaridad entre el padre de familia y los hijos legítimos engendrados dentro del matrimonio.<sup>20</sup>

**“Pater familias”**.- El “padre de familia” era el “sumo sacerdote de la religión del hogar”. Su autoridad sobre la mujer y los hijos derivaba de su responsabilidad por mantener el elevado código moral de los antepasados y educar a los demás miembros de la familia en las obligaciones inherentes a esta situación.

**“Dominas”**. El padre de familia era también el custodio del patrimonio o fundo agrario, (la casa, instrumentos de labranza y arreo, campos colindantes, siervos o esclavos a su servicio, etc.). Su autoridad era absoluta y ni siquiera las autoridades políticas podían cuestionarle u oponérsele.

**“Manus”**. Simbolizaba el gran poder y dominio del padre sobre los demás integrantes de la familia. El mismo se refería a la fuerza inmaterial que procede de “lo alto”, la energía de los dioses, que se encarnaba en los jefes o caudillos y que les concedía la victoria o la gloria, simbolizando por tanto la idea de superioridad y dignidad. Este concepto eventualmente sería “adoptado” por la jurisprudencia. La amplia e indiscutible “autoridad y potestad” del padre, incluía todos los derechos fundamentales más valorados en el periodo histórico: repudiar a su mujer en caso de esterilidad o de adulterio; casamiento de las hijas; emancipación de los hijos; adopción; reconocimiento o rechazo del hijo por falta grave de lealtad o de piedad; y, entre otros, designación de “tutor” a la mujer y los hijos. En cambio la mujer como madre de familia, era considerada como una persona de la más alta

---

<sup>19</sup> Arguello, Luis Rodolfo(2000).Manual de Derecho Romano, Historia e Instituciones. Ed. Astrea. Ciudad de Buenos Aires

<sup>20</sup> C. Fr. Petit, Eugene Claudius.(1999).Tratado elemental del derecho romano. Mexico: Porrúa.

dignidad, participaba junto con su marido en igualdad de condiciones, en el mantenimiento de los lazos afectivos del hogar como en el cuidado y a educación de los hijos, también podía a su vez administrar sus propios bienes llamados *extradotales o parafernales*, tenía derecho a recuperar la dote entregada al marido en caso de un divorcio originado por culpa del cónyuge, según el ordenamiento jurídico de Roma así como a la percepción del usufructo por viudez.

Al ritmo de la evolución humana, en base a la producción de medios de subsistencia, también se observa la evolución de la familia vinculado al matrimonio cuya naturaleza era referida a toda relación sexual entre hombres y mujeres dando lugar a la descendencia. Existen varias tesis como la de Bachofen, Morgan, que afirman que se produjo una evolución a partir de una época primitiva de promiscuidad sexual, en la cual la paternidad era insegura y solo era notoria la maternidad, la madre era el centro y origen de la familia, y el parentesco se consideraba únicamente por línea materna (parentesco uterino). Recién en un periodo avanzado se habría producido la sustitución de la madre por el padre como cabeza de la organización familiar<sup>21</sup>

De las primeras formas de la vida sexual promiscua, Lewis, Morgan, establece seis estadios en la evolución de la familia<sup>22</sup>:

- **Promiscuidad absoluta o Comercio sexual sin trabas:** Cada mujer pertenecía por igual a todos los hombres y viceversa. *El intercambio sexual es totalmente libre.*
- **Familia Consanguínea.-** Es una de las primeras formas familiares más primitivas que sucede al sistema de la vida sexual promiscuitoria de la horda, se caracteriza por la exclusión en las relaciones sexuales entre *padres e hijos* por representar un evidente régimen de consanguinidad que da lugar a la *relación de filiación o vinculo familiar* en línea directa.
- **Familia Punalúa.-** La palabra punalúa es de procedencia hawaiana, que significa “*compañero íntimo*”. En esta familia *se prohíbe el matrimonio entre*

---

<sup>21</sup>Belluscio, Augusto Cesar.Op.Cit,pag.22

<sup>22</sup>Jiménez Sanjinés, Raúl (2006). Lecciones de Derecho de Familia y Derecho del Menor. La Paz - Bolivia

*hermanos y hermanas de una misma gens*, como consecuencia de que se estableció la prohibición de la unión sexual entre hermanos y más cercanos, abarcando esta restricción *en forma sucesiva a toda la línea colateral*, es una etapa propia del periodo del Salvajismo y la Barbarie.

- **Familia Sindiásmica.-** Al ritmo de las prohibiciones de matrimonio entre parientes en sus líneas sucesivas directa o colateral se llegó a la prohibición de las uniones por grupos. Surgiendo de este modo la familia *SINDIASMICA*, formándose parejas conyugales unidas para un tiempo más o menos largo; el hombre tenía una mujer en jefe entre sus numerosas esposas, y era para ella el esposo principal de todos. En este matrimonio se inicia también el *rapto y la compra de mujeres*, el matrimonio es disoluble a voluntad de cada uno de los cónyuges, en caso de haber disputas median los miembros de la gens parientes de cada parte, y solo cuando no da resultado este paso, es cuando se lleva a cabo la separación, en virtud de la *cual se queda la mujer con los hijos*, y cada una *de las dos partes es libre de casarse de nuevo*.
- **Patriarcal Poligámica.-** Como consecuencia de la formación de parejas conyugales incipientes donde el padre del niño es conocido y la obtención de los medios de producción requiere el concurso del hombre, se impone el *PATRIARCADO* que consiste en la filiación por la línea paterna, la imposición de la autoridad y predominio del hombre frente a la mujer que es relegada a las tareas domésticas, responsabilizándose el padre de la subsistencia de la familia.
- **Familia Oriental.-** Es la familia que permite la poligamia, que consiste en que el hombre amparado a su predominio sobre la mujer, podía casarse simultáneamente con varias mujeres.
- **Familia Monogámica.-** La familia sindiásmica es el antecedente de la familia monogámica, es la época que sirve *de límite entre el estadio medio y el estadio superior de la barbarie*, se funda en el poder del hombre, con el fin formal de procrear hijos de una paternidad cierta, se diferencia del matrimonio sindiásmico, por una solidez mucho más grande del vínculo conyugal, cuya disolución ya no es facultativa, solo el hombre puede romper el vínculo

conyugal y repudiar a su mujer. La monogamia nació de la concentración de las riquezas en las mismas manos, las de un hombre, y el deseo de transmitir esas riquezas por herencia a sus hijos, excluyendo a los de cualquier otro.

Durante la edad Media, como manifiestan Grosman, Mesterman y Adamo (1992 b),<sup>23</sup> *“la familia llevo a constituir una organización económica que en círculo cerrado tendía a bastarse a sí misma”*, es decir, los miembros de la familia labraban la tierra, hacían el pan, el vino, hilaban la lana y tejían las telas. Vale decir que la propiedad no era de carácter individual, sino estrictamente familiar. Es decir, constituía un organismo económico con el objeto de evitar el fraccionamiento de la propiedad y debilitar de este modo el “señorío”. La institución familiar, por otra parte, también se caracterizaba por un estado de prácticamente completa desigualdad entre sus miembros. De hecho el “matrimonio” era considerado y ejecutado como un acto político y económico para extender y afianzar el dominio masculino y los intereses de la “casa señorial”. En esta época la iglesia introduce el “carácter sacramental del matrimonio”, así como su indisolubilidad. Esto posibilito, de alguna manera, moderar la autoridad despótica del padre y “señor” de familia.

Avanzando en el devenir histórico, durante la Época Moderna, la familia se funda sobre la base de la unión monogámica con posibilidad de elegir al cónyuge pero la “elección” continuo supeditada al origen, fortuna, herencia, y religión. Los filósofos del siglo XVIII pregonaban la libertad, la igualdad y la fraternidad, sin embargo, el código Civil Napoleónico consagraba la preeminencia del marido, la subordinación de la mujer y la desigualdad de los derechos de los hijos.<sup>24</sup>

A medida que la sociedad se fue industrializando, fueron surgiendo diversos tipos de familias tradicionales:

- **Familia nuclear o conyugal.**- Los lazos familiares están dados por matrimonio, descendencia, afinidad y adopción. La unidad base de toda sociedad, es el grupo formado, por la madre, el padre y los hijos no adultos y constituye una unidad diferenciada del resto de la comunidad.

---

<sup>23</sup> Grosman, Cecilia, Mesterman, Silvia y Adamo, María T.(1992b). Violencia en la familia. La relación en la pareja

<sup>24</sup> Chavez Ascencio, Manuel (1997). La Familia en el Derecho. Mexico: Porrúa

- **Familia extensa.**- Esta referida al tipo de familia que incluye a múltiples núcleos conyugales emparentados, quienes comparten un lugar de residencia y tutela, están repartidos en varias generaciones y poseen líneas colaterales con respecto a un antepasado común. Es decir, es el conjunto formado por el padre, la madre, hijos, nietos, tíos, tías, sobrinos, siempre que coexistan bajo un mismo techo.
- **Familia polígama.**- Se refiere a familias en las que una de las parejas tiene más de un(a) compañero(a). La poligamia incluye la poliandria (matrimonio de una mujer con varios hombres) y la poliginia (matrimonio de un hombre con varias mujeres).
- **Familia compuesta.**-Se refiere al modelo trigeracional (abuelos, padres e hijos) prevaleciente mayormente en las zonas rurales o áreas urbanas deprimidas. Surgió cuando el desarrollo de los medios de producción concentro en la generación y acumulación de riquezas para unos pocos y se redujeron drásticamente las posibilidades económicas de las familiar agrícolas y proletarias.
- **Familia biparental.**- Ambos progenitores, voluntariamente o por cualquier otra razón viven bajo el mismo techo y se ocupan de la crianza de los hijos.
- **Familia monoparental.**-Se refiere a familias donde uno solo de los progenitores cría solo a los hijos ante la ausencia por abandono del otro progenitor, separación o divorcio.

## CAPITULO III

### 3.1. MARCO TEORICO.

#### 3.1.1.- El Matrimonio; conceptualización del matrimonio.

La palabra matrimonio deriva de las voces latinas *matrimonium* que deriva a su vez de *dematri* (por matriz), genitivo de *mater*, madre y de *manus*, que significa carga, misión u oficio de madre.<sup>25</sup> Según Manuel Ossorio (2012) matrimonio deriva del latín *mater* (madre), formado a partir de *patrimonium* (patrimonio), cuyo sufijo *-monium-* es de origen oscuro. Oficio de la madre, aunque con más propiedad se debería decir “*carga de la madre*”, porque es ella quien lleva, de producirse, el peso mayor antes del parto, en el parto y después del parto, así como el “oficio del padre”, (patrimonio) es, o era, el sostenimiento económico de la familia.<sup>26</sup>

El matrimonio, de acuerdo a Cabanellas (2007)<sup>27</sup> es una de las instituciones fundamentales del Derecho, de la religión y de la vida en todos sus aspectos. Quizás ninguna tan antigua, pues la unión natural o sagrada de la primera pareja humana surge en todos los estudios que investigan el origen de la vida de los hombres, y establecida como principio en todas las creencias que ven la diversidad sexual complementada en el matrimonio, base de la familia, clave de la perpetuidad de la especie y célula de la organización social primitiva y, en su evolución, de los colosales o abrumadores Estados.

La palabra "matrimonio" puede tener tres significados diferentes, de los cuales sólo dos tienen interés desde el punto de vista jurídico. **En un primer sentido**, matrimonio, es el acto de celebración; **en un segundo** es el estado que para los contrayentes deriva de ese acto; y **en el tercero**, es la pareja formada por los esposos.

Las significaciones jurídicas son las dos primeras, que han recibido en la doctrina francesa las denominaciones de "*matrimonio-fuente*" (o "*matrimonio-acto*") y "*matrimonio-estado*", respectivamente. **Matrimonio-fuente** es, pues, el acto por el cual la unión se contrae, y **matrimonio-estado** es la situación jurídica que para los

---

<sup>25</sup> Paz Espinoza, Felix (2010). El matrimonio, divorcio, asistencia familiar, invalidez matrimonial, restitución al hogar, negación y desconocimiento de paternidad, homologación de sentencias, procedimientos, modelos

<sup>26</sup> Ossorio, Manuel. (2012). Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Bs. As.: Heliasta

<sup>27</sup> Cabanellas de las Cuevas, Guillermo (2007) Diccionario Jurídico elemental, Edi. Heliasta.

cónyuges deriva del acto de celebración. Este doble significado tiene importancia, como más adelante se verá, para la determinación de la naturaleza jurídica del matrimonio.

Se señalan como ***caracteres del matrimonio actual la unidad, la monogamia, la permanencia y la legalidad.***

La unión conyugal tiene carácter permanente (o perdurable, o estable) en el sentido de que se contrae con la intención de que perdure y de que su estabilidad está asegurada por la ley, la que sólo en circunstancias excepcionales permite su disolución. Pero *permanencia* no puede identificarse con *indisolubilidad*, pues es un carácter que se da inclusive en las legislaciones que permiten la disolución del vínculo en vida de los esposos -actualmente, las de casi todo el mundo-, ya que ella sólo puede tener lugar en los casos que la ley prevé y según las formas que regula.

En cuanto a la legalidad, cabe considerarla desde el punto de vista del *matrimonio-acto* o desde el del *matrimonio-estado*. En el primer aspecto estaría dada por la celebración de las nupcias según las formas impuestas por la ley, pero sobre esto debe señalarse nuevamente la existencia de legislaciones que admiten el matrimonio de hecho. En el segundo, porque los derechos y deberes que de él surgen forman un estatuto legal forzoso, del cual los contrayentes no se pueden apartar.<sup>28</sup>

La unidad está dada por la comunidad de vida a que se hallan sometidos los esposos como consecuencia del vínculo que los liga; para fortalecerla, las legislaciones actuales procuran que la adopción de las decisiones más trascendentes se haga de común acuerdo entre aquéllos.

El matrimonio en el concepto romano, puede definirse como la cohabitación de dos personas de distinto sexo, con la intención de ser marido y mujer, de procrear y educar a sus hijos y constituir entre ellos una comunidad absoluta de vida. No importaba un acto jurídico que los contrayentes hacían nacer por una declaración de voluntad, sino una situación de hecho fundada en la *convivencia o cohabitación* del hombre y la mujer, cuyo comienzo no estaba marcado por formalidad alguna, a lo

---

<sup>28</sup> Belluscio, Augusto Cesar(2002). Manual de Derecho de Familia, Tomo I.Ed. Astrea, Lavalle 1208, ciudad de Buenos Aires, 7ma. Edición(2002).



que debía agregarse la intención permanente y reciproca de tratarse como marido y mujer, que los romanos llamaron ***affectio maritalis***.<sup>29</sup>

El matrimonio constaba de dos elementos: ***uno objetivo***, representado por la cohabitación y ***otro subjetivo o intencional***, que era la *affectio maritalis*.

***La cohabitación***.- es un elemento factico que inicia la vida conyugal, no debe entenderse exclusivamente en sentido material, sino más bien ético, porque existía aun en el caso de que los esposos no compartieran el mismo hogar y podía contraerse el matrimonio hasta cuando el marido estuviere ausente, siempre que la mujer entrara en su casa (*deductio in domum mariti*).

***La affectio maritalis***.- elemento moral e interno, no era meramente una manifestación de consentimiento inicial, ya que la intención de ser marido y mujer debía ser duradera y continuada, porque si cesaba, el matrimonio se extinguía. Los romanos llegaron a acordar a la *affectio maritalis* una importancia vital, que la hizo prevalecer sobre el elemento cohabitación. La intención marital se demostraba mediante declaración de los esposos y de los parientes y amigos, pero más propiamente por una manifestación exterior, llamada honor matrimonii, que era el modo de comportarse en sociedad de los esposos, y muy especialmente, el trato que el marido dispensaba a la mujer, que debía ocupar la posición social de aquel y la dignidad de esposa.<sup>30</sup>

Por otro lado, Planiol, Ripert y Bonecasse (1981)<sup>31</sup> destacan, desde el punto de vista jurídico, dos sentidos definatorios del matrimonio:

- ✓ Es la institución que regula la organización social de la unión de los sexos.
- ✓ Es el acto creador de la adhesión o unión conyugal de naturaleza especial.

Así también sostienen que *“El matrimonio es el acto jurídico por el cual el hombre y la mujer establecen entre sí una unión que la ley sanciona y que no pueden romper por su voluntad”*.

Es así que para Francesco Messineo (1971) *“el matrimonio, entendido como relación o vínculo ya constituido, (la llamada sociedad conyugal), es el núcleo elemental y el “fundamento” de la familia. El matrimonio debe considerarse también*

---

<sup>29</sup> Arguello, Luis Rodolfo(2000).Manual de Derecho Romano, Historia e Instituciones. Ed. Astrea. Ciudad de Buenos Aires

<sup>30</sup> Arguello, Luis Rodolfo(2000).Manual de Derecho Romano, Historia e Instituciones. Ed. Astrea. Ciudad de Buenos Aires

<sup>31</sup> Planiol, Marcel, Ripert, Georges y Bonecasse, Julian(1981). Tratado elemental de derecho civil romano: puebla, Jose M. Cajica.

*bajo otro aspecto, ligado al precedente por nexo de causa a efecto, esto es, como negocio jurídico constitutivo. Como negocio, el matrimonio desarrolla y agota su efecto cuando haya dado válidamente origen a la relación (permanente) de matrimonio; y, considerado como negocio, es solemne y no está sujeto a revocación*<sup>32</sup>

En cambio para Montero Duhalt(1992)<sup>33</sup>: *“El matrimonio es la forma legal de constitución de la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellas una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocas determinadas por la propia ley”*.

El matrimonio es una unión comunitaria entre el hombre y la mujer para hacer una vida en común, llevar y soportar las cargas de la sociedad conyugal; es una institución natural y jurídica por el cual se institucionaliza la unión intersexual monogámica de la pareja, el matrimonio modernamente está concebido como una institución social en cuanto está gobernado por normas institucionalizadas que señala roles específicos a los cónyuges a través de derechos, deberes y obligaciones, en su calidad de marido y mujer y también de los hijos.<sup>34</sup>

Se ha discutido en la doctrina sobre si el matrimonio es un contrato, un acto jurídico, estado civil, institución, sacramento. Belluscio nos dice: *“Desde el punto de vista legal el matrimonio es al mismo tiempo un acto jurídico, que una vez realizado, produce un estado, el cual es regido por un conjunto de normas que armónicamente organizadas constituyen una institución.*”<sup>35</sup>

### **3.1.2. Matrimonio Religioso y Matrimonio Civil.**

Desde los inicios de la Era Cristiana, la iglesia logro controlar a la institución familiar hasta conseguir incorporar bajo su dominio absoluto al matrimonio en tanto “institución sacramental”. Así, la institución eclesiástica legisla, domina y controla todos los aspectos relativos al matrimonio a través del Derecho Canónico. No es hasta el siglo XVI que el Derecho Civil comienza a ganar espacios y a socavar el

---

<sup>32</sup> Messineo, Francesco.(1971). Manual de Derecho Civil y Comercial. Bs. As.: Juridica Europa America

<sup>33</sup> Montero Duhalt, Sara (1992) derecho de familia, México: Porrúa Pag. 98.

<sup>34</sup> Paz Espinoza, Felix (2010).El matrimonio, divorcio, asistencia familiar, invalidez matrimonial, restitución al hogar, negación y desconocimiento de paternidad, homologación de sentencias, procedimientos, modelos.

<sup>35</sup> Jiménez Sanjinés, Raúl (2006). Lecciones de Derecho de Familia y Derecho del Menor. La Paz - Bolivia

poder eclesiástico. Finalmente, en el siglo XVIII, con la Revolución Francesa del 14 de Julio de 1789, se produce la división definitiva entre el Poder Canónico y el Poder Civil, adquiriendo este último un gran control sobre la institución matrimonial.

El matrimonio religioso, tiene carácter facultativo, porque es problema de cada culto y sus fieles la observancia de los ritos de aquel por estos.

De hecho, debe saberse que, con respecto a la inmensa mayoría de las legislaciones modernas, el *matrimonio civiles* el único que tiene validez para el Estado y, por tanto, el único que produce efectos civiles. En este sentido, el *matrimonio canónico* – o para el caso el de cualquier otra religión, carece por si solo de validez y de efectos jurídicos, por lo cual la unión no pasaría de ser un simple “concubinato” no solo en relación con los cónyuges sino también para con los hijos.

En Bolivia desde la fundación de la República hasta comienzos del siglo XX, tuvo vigencia el matrimonio religioso según los preceptos del *Derecho Canónico*. De ahí que el *Código Civil* abrogado prescribía que los requisitos para su celebración serán las mismas que las instituidas por la Sección XXIV del *Concilio de Trento* (1545 – 1563).

El 11 de Octubre de 1911 se promulgo la Ley del matrimonio Civil, durante la presidencia del Dr. Eliodoro Villazón. Es a partir de esta fecha que se reconoce el matrimonio civil como el único que produce efectos jurídicos.

Manuel Ossorio (2012) señala que el *Matrimonio Canónico* carece de definición en el Código de Derecho Canónico, pero es definida por L.A. Gardella como “un contrato legitimo entre varón y mujer, cuyo objeto es el derecho perpetuo y exclusivo sobre los cuerpos, que ambos contrayentes se otorgan recíprocamente, en orden a la procreación; contrato que, tratándose de cristianos constituye a la vez sacramento”.<sup>36</sup>

### **3.1.3. El Divorcio.**

En términos absolutamente simples, la separación y el divorcio expresan el hecho practico de *separación de cuerpos y de vivienda entre una pareja*. Sin embargo, dado que la familia engendra relaciones jurídicas de transcendencia entre sus integrantes (pareja e hijos), la misma es considerada un núcleo jurídico en cuya

---

<sup>36</sup> Ossorio, Manuel. (2012). Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Bs. As.: Heliasta

organización y evolución cotidiana interviene el Estado reglamentando sus complejas consecuencias legales directas e indirectas. De allí surge entonces, como una rama específica dentro del Derecho, el Derecho de Familia. *El divorcio constituye, dentro del mismo, una figura legal que disuelve y desvincula el matrimonio de derecho, o lo que es lo mismo, el matrimonio civil.*

Originalmente, la ley reglamentadora fue concebida en términos lineales (gestores y víctimas), lo que no ayudaba a lograr la comprensión de la complejidad de la situación familiar. Actualmente, los paradigmas científicos aportan una visión de causalidad circular y proponen operar con conceptos de complementariedad de conductas, acciones y “verdades”, múltiples. A través de ellos se logra una comprensión más amplia de la interacción de los participantes del drama familiar y de todos los que interactúan con ella.

Las conceptualizaciones en torno a lo que constituye el divorcio – o *divorcio vincular* – son bastante similares en general. Morales Guillen (1990) por ejemplo, define al divorcio como *la ruptura mediante resolución judicial de un matrimonio válido, en vida de los esposos por causas determinadas por ley.*<sup>37</sup> Osorio (2012) lo plantea como la *“acción y efecto de divorciar o divorciarse, de separar un juez competente, por sentencia legal, a personas unidas en matrimonio, separación que puede ser con disolución del vínculo (verdadero divorcio), o bien manteniéndolo, pero haciendo que se interrumpa la cohabitación y el lecho común.”*<sup>38</sup> La jurista Villazón Delgadillo (2000) lo postula como la *“disolución del matrimonio pronunciada por la justicia en vida de ambos esposos”*<sup>39</sup>. Paz Espinoza (2002), sostiene que es la *“disolución del vínculo jurídico matrimonial mediante sentencia judicial expresa que determina la ruptura de la relación conyugal válida, estando viviendo ambos esposos”*.<sup>40</sup>

Folberg, Milne y Salem (2004)<sup>41</sup> diferencian entre *“divorcio del ciclo vital”* y *“divorcio destructivo”*, planteando que el primero representa una dislocación o

---

<sup>37</sup> Morales Guillen, Carlos. (1990). Código de familia. Comentarios y concordancias. La paz: Gisbert. P.

<sup>38</sup> Osorio, Manuel. (2012). Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Bs. As.: Heliasta

<sup>39</sup> Villazón, Delgadillo, Martha (2000). Familia, Niñez y Sucesiones. Sucre

<sup>40</sup> Paz Espinoza, Félix (2002). Derecho de Familia y sus Instituciones. La Paz: G. G. Grafica.

<sup>41</sup> Folgerg, J., Milne, A., y Salem, P(2004). Psicológica Jurídica de la Familia: Intervención en Casos de Separación y Divorcio. Barcelona: Cedecs.

interrupción del ciclo vital de la familia que genera desequilibrios profundos asociados a las situaciones de cambio. En el “*divorcio del ciclo vital*” los padres conservan sus posibilidades de cuidar a sus hijos, a pesar del conflicto, las peleas y desacuerdos que se producen en una primera etapa y están relacionados a las situaciones de pérdida y el dolor que conllevan. En ella existe la posibilidad de establecer límites claros, no se involucra a la familia de origen, y los ex – cónyuges pueden reconocer su responsabilidad en el conflicto. En el “*divorcio destructivo*”, en cambio, se prolonga la lucha como medio indirecto y enfermizo de mantener un “remedio” de la unión previa a través de los enfrentamientos. Esta lucha conlleva necesidad de denigrar e insultar al “ex cónyuge”, para humillarle ganando “como sea” cada “combate”. Ello requiere que se involucre a miembros de la familia y a otros “intermediarios litigantes”. Obviamente, los límites se vuelven difusos, y prevalece muy escasa capacidad de autocrítica, procurando las partes buscar siempre “culpables, aliados y cómplices”. Justamente esto es lo que, en casos de separación y divorcio, caracteriza las crisis.

Indefectiblemente, todo sistema, incluyendo a la familia y a sus componentes individuales, ofrece resistencia al cambio. Justamente por ello es que se produce el fenómeno llamado “*crisis*”. Esta describe el punto neurálgico en el cual sus componentes y derivados y la misma situación podrán mejorar o empeorar, pero en el cual inevitablemente cambiarán. Ante la crisis, las reglas y roles se confunde, se relajan las expectativas, prohibiciones y límites, pierden importancia las metas y valores, y reviven los conflictos irresueltos. Ello conduce a que los miembros de la familia experimenten un incremento a veces tremendo en la tensión interna y conjunta, sobreviniendo la desorganización y disfuncionalidad. Ciertamente, las grandes crisis se producen cuando la estructura de la familia resulta incapaz de realizar los cambios necesarios para adaptarse a las nuevas demandas funcionales que plantea la familia.

Específicamente, la separación y el divorcio generan cambios entre todos los miembros de la familia, tanto en sus aspectos más íntimos así como en los externos. Los sentimientos de tristeza, ira, culpa y alivio son propios de este proceso. Los cambios abarcan cambios geográficos (mudanzas del lugar de residencia de uno o

ambos progenitores), económicos (el ingreso familiar disminuye, no pudiendo mantenerse la mayoría de las veces el nivel de vida anterior al divorcio), y sociales (se modifican las redes de apoyo familiares, cambios de escuela, iglesia, actividades deportivas, etc.). También generan profundos cambios emocionales, psicológicos y de lealtades y deslealtades, hasta el desarrollo de eventuales nuevos lazos, compromisos y reajustes emocionales. Así, es obvio que los progenitores, particularmente con hijos menores de edad, deben enfrentar con madurez y responsabilidad la ingente tarea de lograr una adecuada separación y divorcio como cónyuges, mientras protegen y preservan conjuntamente el ejercicio de su coparentalidad (ejercicio conjunto de sus funciones parentales).

En esta misma línea, es interesante destacar que dos estudios publicados por Montalvo y Soria (1997<sup>a</sup> y 1997<sup>b</sup>), plantea el divorcio como una situación de “*dislocación*”, definida como la experiencia de haber perdido su lugar en la relación de otras personas, resultado de la dislocación o disolución de las relaciones que se han quebrado. Así, el divorcio implica una pérdida para todos los miembros de la familia, y está pérdida, en la etapa de transición crítica, implica una ruptura en las pautas de interacción del ciclo vital que demanda reorganización y plantea a la familia desafíos adaptativos inmensos de inmediato y a largo plazo.

#### **3.1.4. La Crisis Familiar.**

Como ha podido observarse, ante cualquier separación o divorcio, independientemente de cuáles sean los factores causales o las modalidades que asuman, infaliblemente sobreviene una crisis familiar. En su sentido más elemental, ella constituye un evento dado que impacta terriblemente a un ser o conjunto humano y por el cual se trastoca prácticamente toda su vida. Dicho evento e impacto provoca a su vez la urgente necesidad de reorganizar y/o transformar sus maneras de enfrentarse a la vida diaria de visualizar la vida futura. Elemento medular para identificar la crisis es la incapacidad o inhabilidad del sujeto social para enfrentar y manejar efectivamente el evento con el conjunto de las estrategias y técnicas de manejo de situaciones estresantes e impactantes que ha desarrollado a lo largo de la vida. El tiempo de duración de una crisis no es particularmente “*fechable*”, sin embargo, los especialistas en la materia plantean que desde el momento en que

surge, alcanza su pico y se estabiliza, suelen transcurrir alrededor de unos tres meses (sin que ello resulte taxativo). A continuación, se desbrozaran los diversos aspectos correlativos a la crisis.

La naturaleza y características que tendrá la crisis están directamente relacionadas con el tipo, estilo, características, nivel de comunicación, cohesión, flexibilidad, posibilidades de acomodación, nivel de aceptación del cambio entre otras, que posea el sistema familiar impactado por la separación y el divorcio. La familia, como todo sistema, posee una intrínseca resistencia al cambio. Es precisamente por ello que sobreviene la crisis, es decir, porque todo cambio, especialmente cuando es abrupto, indeseado y contiene como aspecto definitorio el distanciamiento y la ausencia de la vida cotidiana por parte de un ser querido, implica la necesidad de cambiar estilos de vida, modalidades de relaciones, normas y patrones de conducta, formas de comunicación, costumbres y hasta valores y proyectos de vida.

Por otra parte, el impacto a nivel emocional de una crisis, suele ser enorme. De hecho se caracteriza en esencia por un devastador sentimiento de invalidez e impotencia y esto conduce directamente a la frustración, a la negación y a la paralización del sujeto social y emocional. Impacto, a su vez, caracterizado por el aislamiento, la incomunicación, la incapacidad y ausencia casi total para reaccionar y accionar, la indefensión total. Las manifestaciones de tal estado anárquicamente caótico suelen ser la somatización física y emocional, la expresión manifiesta o subsumida de suicidio u homicidio, y la agresividad y violencia contra si mismo o contra otros (pasivas y/o activas).

De aquí que surjan problemas en los adultos de abuso de sustancia como las pastillas, el alcohol y las drogas o que desarrolle adicionales actitudes y conductas de codependencia enfermiza con otros adultos y con los hijos. De aquí también que surjan actitudes y conductas denegatorias de los derechos de la pareja que le abandono a comunicarse y técnicas negativas como la “triangulación”, para obstaculizar de cualquier forma la relación con el “otro”, progenitor y, en lo posible sembrar el germen negativo y devastador del desprecio, el rechazo y hasta el odio.

Ante la crisis familiar, las reglas y roles se confunden, se relajan las expectativas, las prohibiciones, los límites, y también se difuminan o pierden las metas y valores.

Igualmente se reviven los conflictos irresueltos lo que conduce a que los miembros de la familia experimenten un incremento monumental en la tensión. Por ende, la familia en crisis se encuentra desorganizada, disfuncional, carente de rumbo y ocupada en enfrentar viejos y nuevos conflictos (reales o no) y es incapaz de visualizar y comprender que se encuentra en un “momento decisivo”, como destaca Pittman<sup>42</sup>, en el cual existe el inmenso potencial para desarrollar nuevas estrategias individuales y comunes para desarrollar nuevas metas y objetivos, nuevas modalidades de conductas, nuevos proyectos de vida. También destaca que toda crisis es una situación en sí misma peligrosa, pero también es una oportunidad para desarrollar cambios significativos tanto a nivel personal como dentro del sistema familiar. En cualquier caso, la crisis no surge de la nada, sino que es la concreción máxima de un conjunto acumulativo de tensiones de vida.

En este marco, la *tensión* puede definirse de acuerdo con varios parámetros: si es manifiesta u oculta, aislada o habitual, permanente o temporera, real o imaginaria, general o específica, considerándola como producto de las fuerzas intrínsecas de la familia que están en situación de crisis. Ellas pueden surgir desde dentro de la estructura familiar o como resultado de una situación tensionante provocada por fuerzas exteriores. Existen entonces dos posibilidades: 1.- Si la tensión se define con claridad, se torna tangible y específica, señala el camino al cambio, 2.- Si la tensión es confusa, se extiende y torna incontrolable. La identificación y definición de la tensión son, entonces, requisitos de vital importancia para resolver una crisis familiar.<sup>43</sup> Así, la familia constituye un complejo dinámico sistema donde los conflictos pueden afectar a los subsistemas subsumidos en su interior. Dependiendo entonces de la permeabilidad que posea el sistema – familiar, será la mayor o menor generalización del conflicto que habrá de ocurrir. Obviamente, es en la pareja conyugal donde, por antonomasia, se ubica la fuente y el centro de la

---

<sup>42</sup>Pittman (1998). Ob. Cit.

<sup>43</sup>C. Fr. Pinto Gandía, Bismarck.(2001). Psicoterapia Gestaltica. La paz, Bolivia.



generación de conflictos que pueden devenir en situaciones de crisis, muy frecuentemente catastróficas. Al respecto ha existido un notable interés por tratar de entender la dinámica de los conflictos en la pareja, desde las teorías psicológicas clásica hasta los enfoques neurofisiológicos.

Ha sido ya claramente establecido en las diversas teorizaciones sobre la familia como sistema, que ella sigue un cierto *ciclo vital* que pasa, a partir de su “nacimiento”, por diversas etapas de desarrollo, adaptación, cambio y transformación. Procesos que pueden constituirse en generadores de tensión y crisis, pero también de cambios profundos a nivel del sistema en su conjunto y a nivel de sus miembros individuales que, a su vez, deben implicar grandes posibilidades de crecimiento. Como en toda crisis, la familiar se caracteriza por la desorganización de sus miembros, la pérdida de objetivos y metas comunes, los problemas agudos de comunicación y por la pérdida de equilibrio en todos sus aspectos. Además, cuando los momentos de tensión, crisis y desequilibrio son frecuentes, la tensión puede alcanzar niveles que constituyen un peligro para la estabilidad psíquica y emocional de los miembros, especialmente de aquellos más débiles, dependientes y vulnerables, como son los niños, los ancianos y las mujeres, además de que puede conducir directamente a la desintegración de la estructura familiar. Ello, como se planteara y analizara más adelante, está vinculado a los problemas emergentes de la guarda de los hijos.

### **3.1.5.El Derecho de Visita y Comunicación.**

#### **3.1.5.1. La Guarda o Custodia y la Patria Potestad.**

La *guarda* es una figura legal que tiene por objeto el cuidado, protección, atención y asistencia integral a la prole de progenitores separados o divorciados. Posee carácter provisional y es otorgada mediante resolución judicial a uno de los progenitores o a “terceros interesados” cuando estos constituyan una respuesta a las necesidades y expectativa del menor huérfano, o cuando su permanencia al lado de sus progenitores representa un serio riesgo para su vida, salud o desarrollo positivo e integral.<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> Pacheco, Alberto (2004). La Familia en el Derecho Civil Mexicano. Mexico: Panorama. Stilerman, Marta N. (1992). Menores Tenencia. Bs. As: Universidad.

De Benito y Benítez de Lugo (2001)<sup>45</sup> define custodia como “*la combinación de derechos, privilegios y obligaciones establecidas o decretadas a una persona por autoridad judicial competente, normalmente a cualquiera de los padres para el cuidado y desarrollo integral de otro en este caso, de un niño, niña menores de edad. La custodia implica el ejercicio de derechos y obligaciones con respecto a los hijos y la convivencia con los mismos en la vida diaria que comprende el deber la facultad de tener a los menores en compañía de los padres.*”

Ahora bien, dada la separación y el divorcio y el surgimiento de las figuras de la guarda y custodia, es evidente que, consecuentemente, ha surgido una situación donde: los derechos del niño, niña, adolescente y del progenitor sin tenencia se ven fuertemente afectados; 2) se han modificado los vínculos entre el progenitor no custodio y sus hijos, quienes han perdido el contacto que tenían; se han desequilibrado y debilitado los sentimientos paterno - filiales y la cohesión efectiva y eficaz de los vínculos filiales, todo lo cual afecta al psiquismo del niño, niña y adolescente, la familia se ha disgregado y existe la necesidad de reintegrarla bajo nuevas condiciones, y existe la gran necesidad de recuperar la afectividad e integración.

Ante tal contexto, Longo (2001)<sup>46</sup> destaca que el *Régimen de Visitas y Comunicación* es una institución que representa “*un derecho que encuentra su raíz en la naturaleza y tiene como contrapartida una obligación, dado el interés de los hijos menores de contar con la figura paterna, con su ayuda afectiva y espiritual. Todo ello encaminado a la óptima formación y al beneficio del niño, niña, adolescente, a cuyo norte deben converger las conductas de ambos progenitores y la actividad tutelar jurisdiccional*”.

La necesidad de otorgar la guarda, custodia o tenencia de los hijos a uno de los progenitores y el subsiguiente *Régimen de Visitas* están vinculados a la *Patria Potestad*, en tanto el derecho – deber de guarda constituye uno de los fundamentos. El ejercicio de la *guarda o custodia común*, no es problema cuando los progenitores son convivientes. La *guarda o custodia desmembrada* supone, por oposición, la

---

<sup>45</sup> De Benito y Benitez de Lugo, Jose Luis (2001). Formularios de Derecho de Familia. Granada: Comares.

<sup>46</sup> Longo, Eduardo.(2001). Derecho de Familia. Mexico: Porrúa. (Parte General)

ruptura de la convivencia conyugal y demanda la atribución a la tenencia de los hijos a uno de los cónyuges y el establecimiento de un *Régimen de Visitas* para el progenitor ausente del núcleo familiar. En este tipo de arreglo, surge el tipo de familia binuclear, representada por “el progenitor con guarda”, y “el progenitor sin guarda”. Situación que puede adquirir características negativas cuando ocurre la obstrucción deliberada del *Derecho de Visitas y Comunicación* y su *Régimen*. Cualquiera fuere la forma que asuma tal obstrucción, se afecta negativamente, y muchas veces en intensidad superlativa, al *interés superior del niño*, en tanto le priva del ambiente de afectividad y pertenencia necesario para el normal desarrollo psico emocional de los niños.

La *Patria Potestad* se refiere a los deberes de los progenitores hacia los hijos en relación a su protección, formación y sobre los cuales es necesario tomar decisiones en aras del *mejor interés del niño*. La misma está regida por los principios de *inderogabilidad e irrenunciabilidad* de la titularidad de la misma, de manera que la autonomía de la voluntad solo se refiere a la regulación de sus formas de ejercicio y a la distribución solidaria de funciones entre progenitores.<sup>47</sup>

Por otro lado, cuando surge la ruptura o disolución del vínculo matrimonial. La Patria Potestad no deja de ser compartida en cuanto a su titularidad pero suele ser el cónyuge con tenencia de los hijos quien ejerce la misma.<sup>48</sup>

### **3.1.5.2. El Derecho de Visitas y Comunicación.**

Históricamente, el niño, niña, adolescente no siempre fue reconocido como un sujeto de derechos ni sus intereses alcanzaron el estatus de superioridad. Este avance se dio en un prolongado proceso, cuyo punto mas importante es la Convención de los Derechos del Niño de 1989, encuentro que afirmo una nueva doctrina sobre el menor que ha sido denominado la Doctrina de la Protección Integral, surgida en 1979, que supero a varias otras doctrinas de protección del menor, una de las cuales fue la Doctrina de la Situación Irregular. La visita y comunicación se convirtió en un verdadero derecho y deber en el marco del principio del interés superior del niño y de la Doctrina de la Protección Integral, enfoque

---

<sup>47</sup> Rosales Leal, Miguel A.(2005). Custodia Compartida. En: [www.centroespero.com](http://www.centroespero.com).

<sup>48</sup> C. Fr. De Benito y Benitez de Lugo, Jose Luis.(2001). Formulario de Derecho de Familia. Granada: Comareg, BenitezHernandez, M. L.(2008). Guarda y Custodia de Menores. <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/redipal/CVI-35-08.pdf>.

doctrinal que regulo sobre la legislación del niño, niña, adolescente, de familia y civil, y condiciono sus elementos fundamentales como la guarda y custodia, y la visita y comunicación.

En efecto, la visita y comunicación fueron consagradas en la legislación familiar y civil mucho antes de la importante evolución que se inició con la Convención de los Derechos del Niño de 1989. Mucho antes de ese avance, este derecho ya fue reconocido en las legislaciones ordinarias. Según Montero Aroca (2002)<sup>49</sup>:

*“... el 8 de julio de 1857 la “Cour de Cassation” francesa dicto una célebre sentencia en la que proclamo el derecho de los abuelos a visitar a su nieto en casa de la madre de este. Se hablo entonces del “droit de visite” y a partir de ahí se acuño una terminología que se ha impuesto hasta el extremo de que no vale la pena gastar esfuerzos en contra de ella. Basta decir que en las bases de autos de jurisprudencia debe buscarse con la expresión “derecho de visita”. Estas expresiones, que se han arraigado en la práctica judicial, se utilizan para abarcar un conjunto de relaciones jurídicas en cuyo centro figuran los niños, niñas y adolescentes”.*

Según Rivero Hernández (1997)<sup>50</sup>, el término “visita” es limitado y no expresa una relación entre personas que es mucho más rica que aquella mera posibilidad de ver y visita a un menor, al comprender en la mayoría de los casos otras formas de comunicación, llegado incluso a una convivencia de días o semanas entre “visitante” y “visitado”. De hecho, este autor señala que el término “visita” y su significado jurídico ha sido desarrollado principalmente por la vía jurisprudencial.

Ahora bien, es indudable que en el proceso de reorganización familiar posterior a la separación de los cónyuges se presenta la necesidad de regular las relaciones dirigidas a una adecuada comunicación de los hijos con los padres no convivientes. Al respecto indica Del Valle Adera (2001)<sup>51</sup>:

---

<sup>49</sup> Montero Aroca, Juan.(2002). El Derecho de Visista en los Procesos Matrimoniales. Valencia: Tirant Lo Blanch.

<sup>50</sup> Rivero Hernandez, Francisco.(1997). El Derecho de Visita. Barcelona: Bosch

<sup>51</sup> Del Valle Adera, Nivera.(2001).”Derecho de Comunicación entre Padres e Hijos”. Revista de Red Infancia y Sociedad. Febrero 2001. Bs. As. (<http://www.infanciayjuventud.com/>)

*“Ello en manera alguna, significa coartar las potestades paternas, que siguen intactas..., sino por el contrario su reconocimiento y garantía de ejercicio, adecuado crecimiento en todo niño, niña, adolescente, contar con la presencia de ambos progenitores, en lo que hace a su crianza, posibilitando la formación de un ser psicofísicamente apto para insertarse en la sociedad en la cual deberá actuar de forma positiva”*

Las leyes consagran esta necesidad, dictando normas reguladoras que aseguran el adecuado contacto y/o comunicación, a través de la legislación propia del Derechos de Familia y del Derecho Civil y Penal, discrepando, desde ya, con la denominación imperante, que refiere a un *Régimen de Visita*, cuando sería más pertinente y efectivo un *sistema de comunicación*. Esto, porque las posibilidades del contacto padre-hijo no se limitan a la *visita* en sentido estricto, sino que existe un amplio margen de actuación, que incluye el contacto a través de llamadas telefónicas, internet, correspondencia, grabaciones de video, etc., lo que lógicamente excede el estrecho margen delimitado por el termino *visita*.

En sentido estricto, el *Derecho de Visita y Comunicación* en el campo del Derecho de Familia, es una facultad que se establece judicialmente a través de un determinado *Régimen de Visitas* como contraparte al establecimiento judicial de la guarda y custodia de los hijos que se atribuyen a uno de los progenitores, en el proceso de divorcio o separación. Ahora bien, dado el desarrollo de la doctrina que regula al *Derecho de Familia* y a la legislación del menor, tal derecho no es una facultad consagrada para favorecer uno u otro de los progenitores, se trata, fundamentalmente, de un derecho dirigido a proporcionar a niños, niñas y adolescentes el ambiente familiar afectivo, necesario para su buena salud y normal desarrollo psico-fisiológico. Más, aun, establece que los progenitores, conjuntamente, deben participar activamente en la crianza de sus hijos. Esto, es independientemente de que estén o no casados, convivan o no, ambos progenitores deben asumir por igual las responsabilidades parentales correspondientes. Esta interpretación jurídica del proceso de separación o divorcio y del *Derecho de Visitas y Comunicación*, exige, para la determinación judicial del *Régimen de Visitas*, la realización objetiva de una

investigación psicosocial y legal en torno a todos los elementos constituyentes – incluyendo causas y consecuencias – de la problemática.

Ciertamente el *Derecho de Visita y Comunicación* es un derecho – deber., en rigor, garantiza el vínculo entre el progenitor sin guarda o custodia y los hijos, y está consagrado plenamente como un derecho a favor del niño, niña y adolescentes y un deber que deben observar y cumplir ambos progenitores, uno pasivamente, permitiendo la visita y comunicación, y el otro activamente, cumpliendo las prescripciones determinadas por decisión judicial, en el marco de la vigencia del principio del *interés superior del niño*. Este principio – resultado de la evolución doctrinal – ha contribuido decisivamente a la afirmación del *Derecho de Visitas y Comunicación* como un *derecho del menor y un deber de los progenitores*, en tanto reconoce al menor como un *sujeto de derechos y consagra* la superioridad de sus intereses jurídicos. Ahora bien, como indica Pacheco (2004)<sup>52</sup>:

*“La expresión derecho de visita, no es del todo adecuada por insuficiente, pero ha tomado carta de naturaleza y es como en la actualidad se conoce a esa serie de relaciones jurídicas que la jurisprudencia extranjera ha ido extendiendo cada vez a hipótesis más diversas, pero relacionadas siempre con el deseo de un progenitor o un pariente cercano de relacionarse con su hijo con el cual por cualquier circunstancia, no convive.”*

Existen, siguiendo a Villazón Delgadillo (2000)<sup>53</sup>, dos niveles de controversia “clásica” en torno a la *autoridad* sobre los hijos y el *Derecho de Visitas* entre los progenitores no convivientes. En parte, por la tradición de que los hijos son “naturalmente propiedad” de la madre, lo cual hace que no los quiera *compartir*. Por otro lado, es demasiado frecuente cierta “indiferencia” o “irresponsabilidad” del progenitor sin guarda que, una vez legalizada la separación o el divorcio, - o aun antes – se “olvida” de sus hijos en todo sentido.

Como mecanismo minimizador del impacto negativo de la separación y divorcio, el *Derecho de Familia*, y en particular las áreas que rigen el trámite legal de

---

<sup>52</sup>Pacheco, Alberto (2004). La Familia en el Derecho Civil Mexicano. México: Panorama.

<sup>53</sup>Villazon Delgadillo, Martha.(2000). Familia, Niñez y Sucesiones, Sucre: Judicial.

separación y divorcio, consagran el *Régimen de Visitas y Comunicación* de forma conjunta con las decisiones en torno a la guarda y custodia de los menores.

Esto es, ellos constituyen, según, Longo (2001)<sup>54</sup> *derechos correlativos* “...ya que a la par del derecho subjetivo de los padres, aparece el de los hijos de estar junto a sus padres, o mantener contacto, lo que constituye un deber para aquellos. La determinación de quien ha de detentar la tenencia de los menores, entonces, solo se plantea cuando los padres son no convivientes o se encuentran separados o divorciados.” Dicho de otra manera, el derecho – deber de guarda o custodia y el derecho – deber de relaciones paterno – filiales y comunicación están íntimamente vinculados y solamente en casos de extremo peligro para la preservación de la protección y seguridad del menor es que ambos pueden ser, por vía judicial, desvinculados.

Una tendencia saludable de las legislaciones modernas consiste en legislar con cierto detenimiento el régimen y las garantías para un eficaz ejercicio del Derecho de Visitas superando los modelos estáticos que ofrecen los Códigos Civiles y donde este aspecto trascendental apenas tiene un cierto tratamiento. El notable aumento en la tasa de divorcios a nivel nacional e internacional, y la compleja conflictividad que la inadecuada comunicación genera al interior de la familia y los mismos tribunales, provocan la urgente necesidad de otorgarle a este derecho – deber un contenido normativo más preciso.

Si bien en general la guarda o custodia de los hijos suele delegarse en el progenitor (con amplia preferencia en la madre) según las *Reglas de Aptitud o Preferencia*, en algunos códigos aún subsiste una cierta tensión y confusión discriminante entre la conyugalidad y la parentalidad. Clara muestra de ello consiste en descartar al cónyuge “culpable” de la separación personal o del *divorcio vincular*, por causas que no necesariamente comprometen la relación y cuidados hacia los hijos. No obstante, esta macula del “divorcio – sanción” ha sido superada por la mayoría de las legislaciones estudiadas. Una excepción la constituye el *Código Civil de Perú*, que establece la tenencia al “cónyuge inocente”, a no ser que ello resulte en perjuicio de los hijos. Sin ambos cónyuges son culpables, la ley divide la custodia,

---

<sup>54</sup> Longo, Eduardo. (2001). Derecho de Familia. México: Porrúa. (Parte General)

los hijos varones mayores de siete años estarán a cargo del padre, los menores de edad y las hijas menores de edad, a cargo de la madre. Lo salomónico de la resolución legal se advierte de inmediato. Sin embargo, la ley atenúa su rigor, otorgando al Juez amplias facultades para resolver lo que considere más adecuada en función del *interés superior del niño*.

Por otro lado, otras soluciones incompatibles con los derechos consagrados por la *Convención sobre los Derechos del Niño*, se encuentran con mayor o menor intensidad en las distintas legislaciones estudiadas debido a una exagerada primacía de la visión “adultógena” en materia de derechos familiares y que desplaza a los menores del lugar central que deben ocupar en la Familia, la Sociedad y el Estado. Consagrar el *Interés Superior del Niño* en las leyes referidas a la familia representa, sin lugar a dudas, un gran desafío para las legislaciones latinoamericanas durante el Siglo XXI.

#### **3.1.5.2.1. La Visita: el Principio Páter Familias y Otros Enfoques Jurídicos.**

En la presente investigación se utiliza el concepto “*derecho de visita*” para superar los límites del término “*visita*”, y a fin de destacar el profundo significado que tiene esta institución del *Derecho de Familia*. Obviamente, resultaría más adecuado hacer referencia al “*Derecho de Visitas y Comunicación y Estancia de los Hijos*” con el progenitor sin guarda, custodia o tenencia, como en España, cuya legislación en esta materia es muy avanzada. Con el término “*comunicación*” se hace referencia a las relaciones y vínculos interpersonales entre los progenitores y los hijos, que implican tales derechos.

Ahora bien, se puede señalar que *hechos jurídicos*, como la *visita* y *comunicación* entre progenitores e hijos, *la Patria Potestad* y *la guarda, custodia y tenencia*, se han convertido en *derechos* cuando los menores son reconocidos como *sujetos de derecho*, y no están supeditados al principio romano de *páter familias*, según el cual el padre ejercía una suerte de *derecho subjetivo* sobre los hijos. Principio rector que fue, por cierto, el elemento rector de la legislación de familia y del menor durante mucho tiempo. Actualmente no es adecuado analizar el *Derecho de Visita y Comunicación* al margen del llamado principio general del “*favor minoris*” o



*interés superior del niño*. Principio que constituye un elemento rector de la legislación internacional referida al menor, por ello, conviene hacer referencia a la evolución histórica del marco doctrinal de la legislación y del tratamiento judicial del menor, estableciendo varios puntos de referencia y observando cómo encierra el proceso de reconocimiento del *menor* como *sujeto de derechos fundamentales*. Proceso que se realizara a continuación.

En primer lugar, como ya se indico, bajo la vigencia del principio romano del “*favor minori*”, los hijos no eran considerados *sujetos de derecho*, ya que estaban sometidos al *pater familias*, facultad ejercida por el padre como un derecho subjetivo de naturaleza cuasi pública sobre los hijos y descendientes. En ese marco, la visita, la patria potestad y la guarda y custodia no se definían en función del interés del menor, sino del padre, cuyos intereses eran los únicos considerados al momento de tomar decisiones sobre dichos asuntos relacionados al menor. Grosman y Mesterman (1992 a)<sup>55</sup>, dice al respecto:

*“En el Derecho romano, el pater familias tenía derecho de vida y muerte sobre personas sometidas a su potestad y, por ende, sobre sus hijos, pudiendo venderlos o abandonarlos; derecho este que más tarde se fue atenuando. Poseía, además, la facultad de castigar corporalmente a su hijo, argumentándose que “el sufrimiento físico y moral corrige los caracteres depravados”.*”

Obviamente, dicho régimen legal romano estaba asociado a un bajo nivel de valoración de la vida del menor, quien no era considerado el centro del interés familiar, ni era objeto de la afectividad que se observa en las familias contemporáneas, al menos en sociedades como la boliviana. Para entonces, más aun, los niños podían ser libremente objeto de crueldades sin que ello implicara sanción moral o legal alguna dentro de su sociedad. Así, en Tiro y Sidón se sacrificaba a los niños con el objeto de calmar la ira de los dioses, mientras en otros casos el infanticidio ejecutado por el padre se basaba en su derecho de aceptar al recién nacido o rechazarlo si la criatura era una mujer o existían ciertas

---

<sup>55</sup> Grosman, Cecilia y Mesterman, Silvia.(1992 a). Maltrato al Menor. El Lado Oscuro de la Escena Familiar. Bs.As.:Universidad.

incapacidades o malformaciones. Dice Jiménez Sanjinés (2006)<sup>56</sup>al respecto “*En Esparta, cada recién nacido era sometido al juicio de la Asamblea de Ancianos; si se lo juzgaba útil respetaban su vida, y en caso contrario, era enviado al monte Taigeto y lanzado desde la cima. En Roma, el llamado tollere infantum significaba que el padre tenía la prerrogativa de acoger al niño o exponerlo en la puerta del domicilio o en algún basurero público*”

Como puede ser deducido, el carácter rector del principio *pater familias* sobre la legislación romana que determinaba que la decisión de cualquier cuestión familiar relacionada con la situación en que los menores de cualquier modo fueren afectados, valoraba prioritariamente el beneficio del adulto o progenitor como único *interés superior*. Esto es, no se consideraban los intereses del menor ni, para el caso, ningún tipo de obligación parental que restringiera el deseo o voluntad de los adultos.

Durante siglos, la legislación mundial relacionada a la familia y al menor estuvo sometida a principios similares y cuya esencia consistía en el *no – reconocimiento* de la infancia como *sujetos de derecho*, por lo que no era necesario considerar sus intereses o necesidades desde la perspectiva jurídica. El siglo XX, sin embargo, fue prodigo en el surgimiento y cristalización normativa a través de Constituciones, Códigos Civiles, de Familia y del Menor y Convenios Internacionales que promovieron y facilitaron la superación geométrica de tal estado de indefensión jurídica y social en particular del niño, niña y adolescente. No obstante, para llegar aquí fue necesario un amplio y dificultoso periplo que se trazara esquemáticamente a continuación.

Uno de los primeros y trascendentales cambios efectuados en la dirección de reconocer derechos al menor se dio con el *Cristianismo*, que supero los conceptos romanos de *pater familias*, *favor minoris* y *tollere infantum*, condeno al infanticidio y el aborto e inspiro a las autoridades políticas y judiciales a proteger a los niños abandonados estableciendo hospicios, hospitales y centros de ayuda infantiles.<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> Jiménez Sanjinés, Raúl (2006). Lecciones de Derecho de Familia y Derecho del Menor. La Paz - Bolivia

<sup>57</sup> Jiménez Sanjinés, Raúl (2006). Lecciones de Derecho de Familia y Derecho del Menor. La Paz - Bolivia

Esta tendencia a reconocer al menor como *sujeto de derecho* avanzó en el siglo XVII con el desarrollo de ideas orientadas a ubicar a los niños en el centro de las preocupaciones de la familia, la sociedad y el Estado. En el siglo XIX, esta preocupación por los niños es asumida por el Estado que desarrolla acciones dirigidas a establecer asistencia social a los menores abandonados. En ese mismo siglo, empieza a formarse una cultura de atención, cuidado y protección por los niños expresada en lemas como *tout pour enfant* traducido en la norma del *interés superior del niño*, por encima del interés de los propios progenitores. Pese a esos importantes avances, el marco doctrinal o concepción filosófica, social y jurídica sobre el niño, niña, adolescente estuvo dominada por enfoques que continuaban reteniendo al menor en situaciones antisociales, de peligro a su seguridad e integridad, y al abandono material y moral. Ello, eventualmente, fue la fuente que originó la *Doctrina de la Situación Irregular del Menor*, que tuvo gran influencia sobre la legislación del menor durante el siglo XX.

Esta doctrina reconoce la precariedad de la niñez en estado de riesgo social, moral y de salud abandono material, déficit mental o físico y de todos los niños, niñas y adolescentes. Más aun, la misma atiende la situación de los menores en condiciones de marginalidad social, o en *estado irregular*, estableciendo que debían ser tratados como resultantes de las diversas patologías sociales y de salud por lo que la meta debía ser lograr su reintegración a la sociedad como sujetos funcionales y productivos.

El concepto de *estado irregular del niño, niña y adolescente* incluye toda situación donde su desarrollo integral, seguridad social, económica y legal y su libertad están seriamente comprometidos. Incluye, en específico, menores abandonados, maltratados, delincuentes y con retrasos u otras condiciones mentales y /o físicas. Así, entendiendo que el mejor ambiente para el desarrollo del niño lo constituye la familia, ya que de ella aprende las normas y los valores fundamentales de la sociedad y la ley, cuando se produce el abandono material del niño (descuido en la alimentación, higiene, vestuario, vivienda, salud, educación, etc.) por incumplimiento de los deberes de los padres, tutores o guardadores, así como el abandono moral (vigilancia o corrección de conductas de vagancia, mendicidad,

prostitución, delincuencia) el niño, niña, adolescente puede convertirse en un ser inadaptado para la convivencia social. Entonces, corresponde al Estado tomar todas las medidas de protección, apoyo y seguridad pertinentes para promover su inserción efectiva en el marco de la sociedad.

Según Jiménez Sanjinés (2006)<sup>58</sup>, los elementos esenciales en las legislaciones basadas en la doctrina de la situación irregular son:

- El niño es considerado un objeto de protección. El Estado asume el deber de su tutela y lo convierte en un sujeto pasivo de intervenciones.
- El Estado tiene potestad absoluta para resolver sobre la vida de los menores abandonados, mendigos y vagabundos, víctimas de abuso o de maltrato y supuestos infractores de la ley penal. Por tanto la formulación de leyes de menores se caracteriza por estar dirigida solo a un sector, es decir a la infancia excluida de las políticas sociales básicas del Estado.
- Se criminaliza la pobreza y se judicializan los problemas vinculados con la infancia en situación de riesgo, permitiéndose así su privación de libertad por motivos vinculados a la simple falta o carencia de recursos materiales, resultando las leyes tutelares aparentemente más represivas que la de los adultos por la negación de derechos fundamentales.
- Los derechos son interpretados y aplicados por los tribunales tutelares en forma arbitraria y de acuerdo a su propio criterio.
- El menor sea infractor o abandonado, es internado sin juicio ni defensa en un Centro de Observación, donde se aplica el tratamiento necesario a fin de lograr su adaptación y reeducación social.

#### **3.1.5.2.2. El Derecho de Visitas en el Marco del Interés Superior del Niño.**

La *Doctrina de la Protección Integral del Menor* y el principio del *interés superior del niño* no fueron incorporados de forma inmediata en la legislación de familia y del menor, en tanto no fue objeto inicialmente de un desarrollo de sus

---

<sup>58</sup> Jiménez Sanjinés, Raúl (2006). Lecciones de Derecho de Familia y Derecho del Menor. La Paz - Bolivia

fundamentos doctrinales y legales. Luego de ello, se convirtieron en fundamento trascendental del *Derecho de Familia* dando lugar a una nueva legislación del menor a partir del derecho internacional privado, cuya principal referencia es la *Convención sobre los Derechos del Niño* (1989).

Brevemente expuesto, la idea de promover los *derechos del niño* circulo en algunos medios intelectuales durante el siglo XIX. Un ejemplo de ello fue la referencia que hizo el escrito francés Jules Valles en su obra *El Niño* (1879), y más claramente Kate D. Wiggin en *Children's Rights* (1892). Posteriormente, durante las dos primeras décadas del siglo XX circularon varias declaraciones de los *derechos del niño* como resoluciones de algunas organizaciones científicas y pedagógicas. Ello cristalizó, en 1924, con la *Declaración de Ginebra*, redactada por Eglantyne Jebb fundadora de la organización internacional *Save the Children*, y que fue aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924. La Organización de Naciones Unidas, por su parte, aprobó en 1948 la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* que, implícitamente, incluía los derechos del niño. Para 1953, la ONU estableció que el Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas Para los Niños (UNICEF) se constituyera como organismo especializado y permanente para la protección de la infancia. En 1959, la Asamblea General de la ONU, aprobó la Declaración de los Derechos del Niño, que constaba de 10 principios, concretando para los niños los derechos contemplados en la *Declaración Universal de Derechos Humanos*. A partir de 1979, con ocasión del *Año Internacional del Niño*, se comenzó a discutir una nueva declaración de derechos del niño, fundada en nuevos principios. A consecuencia de este debate, en 1989 se firmó en la ONU la *Convención sobre los Derechos del Niño*.

Entre los derechos del niño que han sido reconocidos en forma creciente en las Constituciones y Códigos que hacen referencia a la niñez y adolescencia están:

- Derecho a la educación.
- Derecho a una familia
- Derecho a la atención de salud preferente.
- Derecho a no ser obligados a trabajar.
- Derecho a ser escuchado.

- Derecho a tener un nombre.
- Derecho a una alimentación cada día.
- Derecho de asociación y a integrarse activamente en la sociedad.
- Derecho a no ser discriminado.
- Derecho a no ser maltratado.

En cuanto al concepto de *interés superior del niño* emanante de la *Doctrina de Protección Integral* es, en esencia, una proyección en los menores de una área más compleja como es la *personalidad*, concepto inherente al *hecho humano*, y que contiene el complejo de derechos humanos adscritos a tal condición y coincidente con la *titularidad de los derechos fundamentales* independientemente de sexo, edad o condición socioeconómica.

De acuerdo con Longo (2006)<sup>59</sup>: “Se entiende por protección integral el conjunto de medidas encaminadas a proteger a los niños y los derechos resultantes de las relaciones que mantengan con los adultos.”<sup>60</sup> Tal doctrina posee los siguientes criterios esenciales:

- La protección exige la formulación de políticas universales considerando que todos los niños son sujetos sociales con derechos inalienables.
- Adopta el concepto de niño, niña y adolescente como sujeto pleno de derechos y deberes que deben ser garantizados por el Estado.
- El Estado es promotor del bienestar de los niños, interviniendo a través de políticas sociales, básicas, asistenciales y de protección especial.
- Además de los derechos reconocidos a todas las personas, se reconoce derechos específicos relacionados con el proceso de crecimiento.
- La situación económico – social no puede generar la separación del niño de su familia, sino que requiere apoyo de programas de salud, vivienda y educación.
- Se reconocen a los niños todas las garantías sustantivas y procesales que le corresponde a los adultos en los juicios criminales, así como el

---

<sup>59</sup> Longo, Eduardo. (2001). Derecho de Familia. Mexico: Porrúa (parte general)

<sup>60</sup> Jiménez Sanjinés, Raúl (2006). Lecciones de Derecho de Familia y Derecho del Menor. La Paz - Bolivia

establecimiento de mecanismos y procedimientos administrativos judiciales efectivos y eficaces para el caso de que alguno de esos derechos se encuentre amenazado o violado.

- El niño posee facultad de acción por lo que puede buscar abrigo, protección y socorro por sí mismo, sin la intervención de terceras personas cuando uno o más de sus derechos son amenazados o violados.
- Su opinión debe ser considerada en todos los asuntos que le afecten, en virtud al derecho que tiene de ser escuchado.

La conclusión inmediata que se deriva de cuanto antecede es que, la decisión de cualquier cuestión familiar suscitada en el marco de las relaciones concernientes a la *Patria Potestad, la Guarda, Custodia y Tenencia, y el Derecho de Visita y Comunicación* y por extensión, toda situación o conflicto relacionados con menores, debe tener como prioritario el *Principio del Interés Superior del Niño*. Al respecto, los Tribunales han subrayado, con matices diversos, el esencial principio del *favor filii* como imprescindible criterio inspirador en la adopción de cualquier medida referente a los derechos de los hijos sometidos a la potestad paterna o materna. Y, en tal sentido, con carácter general, la aplicación de este principio rector aparece sometida a las siguientes consideraciones fundamentales:

- **Primera.** A fin de que el niño, niña, adolescente pueda cumplir con el pleno desarrollo de su personalidad, requiere – salvo en situaciones de carácter excepcional – tanto de la figura del padre como de la madre.
- **Segundo.** Las estipulaciones y pactos convenidos entre los progenitores no serán homologables por la autoridad jurisdiccional si resultan lesivos para los hijos.
- **Tercera.** Debe procurarse que los menores tengan el mayor contacto posible con ambos progenitores, a no ser que el mismo se releve perjudicial para el hijo.

Ahora bien, la incorporación del *Principio del Interés Superior del Niño* en la legislación internacional y de Bolivia en particular, ha transformado al *Derecho de Visita y Comunicación*, otorgando al menor el estatus de un *sujeto de derecho* y situando en el centro de las decisiones judiciales los intereses del niño, niña y

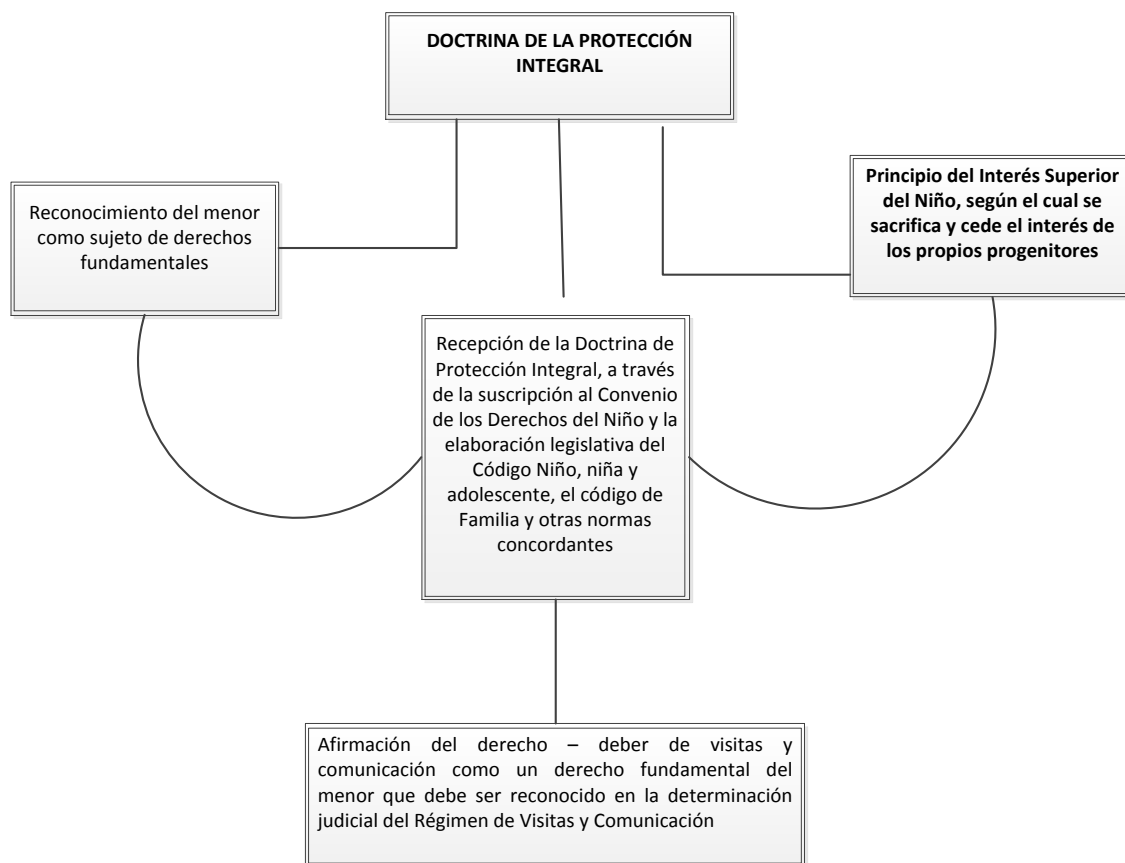
adolescente, en tanto *derecho fundamental* adscrito. Por otro lado, la evolución del marco doctrinal de la protección del menor ha transformado el marco doctrinal, legal y jurídico de la familia y del menor. Ciertamente, el *Derecho de Familia* tradicionalmente estuvo identificado principalmente con el matrimonio, basado en la supremacía del padre – marido y en la posición subordinada de los hijos. Esta ha cambiado en virtud de la recepción constitucional y legal de la *Doctrina de la Protección Integral del Menor* que ha llevado a sustituir los principios de subordinación autoridad por principios como el *interés superior del niño*. De este modo, la concepción y tratamiento legal y judicial de la familia “... *ha dejado de estar orientada por el teórico bien del conjunto de sus miembros ara preocuparse por el bienestar de los individuos concretos y especialmente de los hijos,*” <sup>61</sup>Véase el siguiente Esquema 1.

---

<sup>61</sup>Gonzales del Solar, Jose.(2002). Derecho de la Minoridad. Protección Juridica de la Niñez. Cordoba: Mediterranea.



## Esquema 1: El Derecho de Visita y Comunicación en el Marco de la Doctrina de la Protección Integral del Menor



FUENTE: Voshlavia Málori Morón Monje.

### 3.1.5.2.3. El Derecho de Visitas y Comunicación del Niño, Niña y Adolescente.

La *Convención sobre los Derechos del Niño* contiene una serie de disposiciones que reglamentan la preservación de los vínculos entre cónyuges, padres e hijos, hermanos y otros parientes. Estos, a su vez, están ratificados, protegidos y preservados en el *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Algunas de tales disposiciones, guardan estrecha relación con la legislación sobre la familia. Como regla general, el tercer párrafo del Artículo 9 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, establece que el niño “*que el niño que este separado de uno o de ambos padre*” tiene derecho “*a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño*”.

Es decir, dicho Artículo 9 reglamenta la problemática de la separación de un niño del hogar familiar en contra la voluntad de sus progenitores o de uno de ellos. Las situaciones donde hijos han sido separado de su hogar en contra de la voluntad de sus padres, hacen referencia al proceso de determinación y remoción judicial cuando es necesario en aras del *“interés superior del niño”*, y por ende se corresponde con la suspensión de la *Patria Potestad*. Por el contrario, cuando la separación es aplicable a uno solo de los progenitores, se refiere a *“los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”*, y se concretiza en la asignación de custodia al progenitor “protector” o no maltratante. En cualquier caso, la medula del asunto consiste en las alternativas viables para promover y mantener la relación del niño con uno o ambos de sus padres cuando se encuentre separado de ellos o de uno de ellos por abandono, separación o divorcio.

La norma es clara: todo niño, niña, adolescente tiene derecho a las relaciones paterno-filiales con *ambos* progenitores. La misma no está limitada por el tipo de filiación, ni por la naturaleza de las relaciones legales que existan entre progenitor-hijo, o entre este y otras personas. Es decir, en tanto un derecho, está limitado exclusivamente por el *interés superior del niño*. No obstante, la norma es flexible ya que permite responder e integrar los intereses legítimos de otras personas. Como por ejemplo el progenitor con guarda y otros parientes, pero no puede ser denegado en consideración a los intereses de cualquier otra persona o institución.

En un primer nivel de acercamiento, el precepto de que el niño no debe ser separado de su madre o padre contra su voluntad a menos que las autoridades competentes hayan determinado que dicha separación es *“necesaria en el interés superior del niño”* parece aplicable exclusivamente a la imposición de medidas de protección. En casos de separación del padre y la madre, la separación de los niños de uno de ellos parece ser la inevitable consecuencia de la decisión de los padres a no mantener un hogar común. Si bien el interés superior del niño es relevante para determinar a quién corresponde la guarda, el concepto de *“necesidad de separación”*, no parece relevante.

Sin embargo, en un segundo nivel de acercamiento, al interpretarse el concepto de *separación*, es posible darle un sentido ampliado a dicha norma. Así, cuando por *separación* se entiende la *suspensión del derecho a participar en la crianza del niño*, puede interpretarse que dicha norma prescribe la participación de ambos padres en la crianza de sus hijos, aun en caso de separación o divorcio, a menos que otro arreglo sea necesario en consideración del *mejor interés de los hijos*. En esta hipótesis, el padre o la madre sin la guarda o custodia tendrá, no solo el derecho de mantener contacto con sus hijos y el deber de contribuir a su manutención, sino el *derecho y deber de coadyuvar y participar* en el cumplimiento de todas las responsabilidades paterno-filiales. La concepción de que la separación o el divorcio de los padres normalmente no debe significar la derogación o suspensión de las obligaciones de cada uno o cualquiera de ellos hacia sus hijos resulta ser, entonces, coherente con los valores y propósitos que inspiraron la *Convención sobre los derechos del niño*.

Por otra parte, el *Derecho de Familia* todavía parece concebir los derechos y deberes de los padres que no cohabitan con sus hijos principalmente en términos de obligaciones alimenticias y *Derecho de Visitas y Comunicación*. Así, a pesar de que la aceptación, integración y aplicación jurídicas del concepto de *Custodia Compartida* ha seguido un largo y tortuoso camino, ya para 1994 el *Código de Familia de El Salvador*, considerado por el *Comité de Derechos del Niño* como “excepcional”, revelo su aceptación al establecer que “*Cuando los padres no hicieren vida en común, se separaren o divorciaren, el cuidado personal de los hijos lo tendrá cualquiera de ellos....*”

Por otra parte, El Salvador fue también el primer país que otorgo un lugar central a la protección integral del niño mediante su *Artículo 346 (Protección Integral)*: “*La protección del menor deberá ser integral en todos los periodos evolutivos de su vida, inclusive el prenatal y en los aspectos físico, biológicos, psicológico, moral, social y jurídico. El afecto, la seguridad emocional, la formación moral y espiritual, los cuidados que el desarrollo evolutivo del niño, niña y adolescente demanden, el ambiente adecuad y la recreación, son aspectos esenciales de la protección integral*”. Su *artículo 351 (Derechos Fundamentales de*

los Menores), establece también, en 28 secciones, todos los derechos correspondientes.

Es también importante destacar que el Código de Familia de **Nicaragua** (1998) estableció en sus artículos 16 y 17 respectivamente, lo siguiente:

*Artículo 16. La niña, niño y adolescente tiene derecho a expresar libremente su pensamiento en público o en privado, individual o colectivamente, en forma oral o escrita o por cualquier otro medio. Este derecho incluye la libertad de expresar, manifestar y ser escuchado en sus opiniones, ideas, necesidades y sentimientos en los diversos aspectos y situaciones de su vida personal, familiar, escolar y social, además de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas que promuevan su desarrollo integral.*

*Artículo 17. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo, que afecte sus derechos, libertades y garantías, ya sea personalmente, por medio de un representante legal o de la autoridad competente, en consonancia con las normas de procedimiento correspondientes según sea el caso y en función de la edad y madurez. La inobservancia del presente derecho causara nulidad absoluta de todo lo actuado en ambos progenitores.*

Por su parte, la *Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de Venezuela* (1999), establece con respecto al derecho a ser escuchado, lo siguiente, en su Artículo 80.1: *Se garantiza a todos los niños y adolescentes el ejercicio personal y directo de este derecho, especialmente, en todo procedimiento administrativo o judicial que conduzca a una decisión que afecte sus derechos, garantías e intereses, sin más límites que los derivados de su interés superior.* Otros párrafos de este artículo reconocen el derecho del niño con necesidades especiales a la asistencia de personas de su confianza que les ayuden a expresar sus opiniones, así como el derecho a o expresar su opinión, si así lo desea.

Los Códigos relacionados con la niñez que no reconocen este derecho en términos generales, si lo hacen para efectos de determinados procedimientos. El Estatuto del Niño y el Adolescente de **Brasil** (1990), por ejemplo, establece, en su artículo 28.1, el derechos del niño a ser oído en audiencias relativas a guarda, tutela

y adopción, aunque no precisa una edad mínima para tal efecto, aunque para la adopción requiere el consentimiento del niño a partir de la edad de 12 años (art.45.2).

Todos estos códigos, de una u otra forma, están en plena consonancia con la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, que reconoció la importancia de la familia al destacar:

*Principio 6.- El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, y en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos las familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.*

Igualmente lo están con el artículo 9 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*:

*1.- Los Estados Partes velaran por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.*

*2.- En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.*

*3.- Los Estados Partes respetaran el derecho del niño que este 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.*

4.- Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionara, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cercioraran, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

### **3.1.6. Naturaleza Jurídica del Derecho de Visitas.**

Algunos autores sostienen que el Derecho de Visitas y Comunicación es uno de los aspectos del ejercicio de la Patria Potestad, mientras otros consideran que deriva de la misma, y aun algunos sostienen que su fundamento proviene del parentesco existente entre las personas ligadas por dicho vínculo. En realidad lo que resulta importante destacar es que tal derecho, además de la respuesta a la necesidad de apego, relación emocional y desarrollo integral que implica para el niño, niña, adolescente, contiene e integra el medular interés social fundamentado por el Estado y la sociedad para el logro de generar y desarrollar ciudadanos productivos aptos en todos los ámbitos de la vida social, económica y cultural.

Ciertamente, el derecho – deber de visita y comunicación ha sido objeto de diversos tratamientos doctrinales que ameritan ser revisados a continuación. Del Valle Adera (2001)<sup>62</sup>ejemplo, sostiene que: “*El derecho de comunicación, es un derecho natural de orden público, siendo esa su esencia jurídica, que permite a las personas beneficiadas por la legislación mantener una adecuada comunicación para preservar el bienestar psicofísico de las partes titulares de este régimen legal*”. Y además que “*.....el derecho de visita es uno de los aspectos del ejercicio de la patria potestad....*”, y que “*En consecuencia, es una de las formas de ejercer el control de la modalidad de la tenencia, además de la profundización de los lazos afectivos que lógicamente tienen padre – hijo y que se fortalecen a través de la comunicación*”.

---

<sup>62</sup>Del Valle Adera, Nivea (2001). “derecho de Comunicación entre Padres e hijos”. Revista de red infancia y sociedad. Febrero 2001. Bs. As. (<http://www.infanciajuventud.com/>)

Por su parte, Belluscio (1981)<sup>63</sup> se refiere al *Derecho de Visita y Comunicación* del progenitor sin guarda indicando: *“Precisamente para asegurar al progenitor – que no queda a cargo de la guarda – condiciones adecuadas para ejercer el control sobre la educación, formación y asistencia moral de sus hijos, amén del imprescindible contacto afectuoso que estos requieren de ambos padres, es que se confiere a aquel, el derecho a visitarlos;.... El denominado derecho de visita se establece a favor del progenitor que no queda a cargo de la guarda o tenencia de los hijos menores para posibilitar, por un lado el control sobre la educación, formación y asistencia material y moral de ellos... y desde luego, permitir que no se prive a los hijos del trato frecuente y afectuoso con su padre o madre.”*

Guastavino (1976)<sup>64</sup>, por su parte, sostiene que el *“derecho de visita”* constituye: *“...una manifestación jurídica de las relaciones intersubjetivas producto de la relación conyugal, de la filiación y del parentesco, y que la misma consiste en consistentes en “ ver y tratar”, periódicamente a menores de edad, o mayores de edad incapaces, inhabilitados, impedidos o enfermos, que se encuentran bajo la tenencia, tutela o guarda de otra persona, a fin de conservar y cultivar las relaciones personales pertinentes, principalmente, de tipo afectivo y psicológico de las mismas.”*

Desde el punto de vista del *Derecho de Familia*, configurado bajo los principios de la *Doctrina de la Protección Integral del Menor*, Longo (2001)<sup>65</sup> sostiene que la *visita y comunicación* representa un *“...un derecho subjetivo familiar de doble manifestación. Respecto del progenitor significa la satisfacción de las legítimas ansias paternas, juntamente con el ejercicio del deber de contribuir a la formación espiritual y cultural del hijo, función que no es exclusiva de quien intenta la tenencia. En cuanto al hijo, implica la satisfacción existencial de gozar frecuente comunicabilidad con sus progenitores”*.

Con respecto al *Régimen de Visitas*, Belluscio (2008)<sup>66</sup> lo define, en sentido estricto, en tanto el contacto periódico entre el padre que no ejerce la tenencia y su hijo. Dicho *Régimen* no es, por otra parte, inamovible o estático, ya que existen

---

<sup>63</sup> Belluscio, Augusto.(1981). *Derecho de Familia*. Bs. As.: depalma.RI, 110 y TII. 183, 190/1

<sup>64</sup> GuastavinoElias.(1976). “Regimen de Visitas en el Derecho de Familia”. En *Revista Jurisprudencia Argentina* T. 1976. 1.

<sup>65</sup> Longo, Eduardo (2001). *Derecho de Familia*. Mexico: Porrúa.(parte General)

<sup>66</sup> Belluscio, Augusto y Zannoni, Eduardo (Coords.)(2008). *Código Civil y Leyes Complementarias*. Bs. As.:Astrea. Tomo VI.

condiciones situaciones o causas que pueden conducir a su suspensión. Obviamente, tal determinación es definitivamente de carácter restrictivo y punitivo, y procedente solo cuando el incumplimiento es “deliberado y total”, producto de una conducta frecuente y / o recurrente.

El *Régimen de Visitas* debe ser suspendido solo cuando su ejercicio resulte perjudicial *al mejor interés del niño* si la conducta o acciones del progenitor violan los *derechos de su hijo* y/o ponen en peligro su integridad física y psicológica, como ocurre en la negligencia, el abandono, el maltrato, el abuso sexual y la corrupción moral y legal, entre otros. Al respecto, Del Valle Adera (2001)<sup>67</sup> sostiene que: “*se trata de un derecho – deber subjetivo familiar que otorga la facultad jurídica de requerir la efectivización del contacto interrumpido padre – hijo;... En consecuencia, para suspender o prohibir el ejercicio de este derecho será necesaria la acreditación del perjuicio para la salud moral, o psico – física de los menores, en cuyo supuesto, deberá existir un pronunciamiento judicial que suspenda el derecho de comunicación*”.

Ahora bien, por tratarse de un derecho de orden público, la suspensión del Régimen o Derecho de Visita y Comunicación solamente puede efectuarse a través de una resolución judicial que indique las causas y la duración de la misma.

Una de las causas menos conflictivas emocionalmente se refiere al “*incumplimiento de las obligaciones alimentarias*”, del progenitor que no tiene la guarda o custodia del niño, niña, adolescente. No obstante, no debe vincularse el incumplimiento del *Régimen de Visitas* con el incumplimiento de la misma ya que con ello solo se penaliza más al niño, niña y adolescente. Tampoco es razonable condicionar el *Régimen de Visitas* al cumplimiento o no de la obligación alimentaria. Ciertamente la pensión alimentaria es una obligación – deber del progenitor sin custodia y, de incumplirla, justo es que sea penalizado, pero todas las legislaciones establecen recursos para dilucidar tal situación de forma no punitiva.

Por otra parte, cabe destacar que la Doctrina de la Protección Integral del Menor, el Derecho de Visita y Comunicación – facultad inalienable y de propiedad exclusiva del niño, niña, adolescente – conforma, primero, un derecho cuyo titular es

---

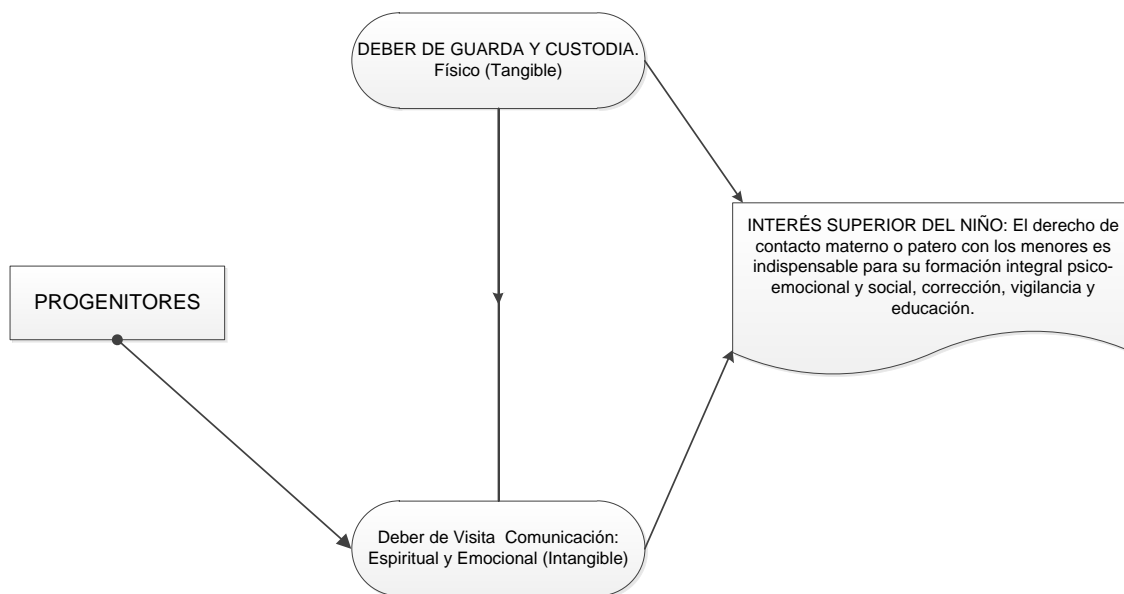
<sup>67</sup> Del Valle Adera, Nivea (2001), “Derecho de Comunicación entre Padres e Hijos”. Revista en Red Infancia y Sociedad. Febrero 2001. Bs. As. (<http://www.infanciayjuventud.com/>)



el hijo dirigido a acceder y gozar de un ambiente familiar de afectividad y protección, orientación y educación, y segundo, un deber correlativo al deber de la guarda o custodia del niño, niña, adolescente que se establece judicialmente y que se orienta a proporcionar ese ambiente, que los progenitores deben observar y cumplir para los fines exigidos por ese derecho consagrado por las leyes. (Véase el Esquema 2).

Es indudable, por otra parte, que los deberes de los progenitores se correlacionan entre sí y con los derechos del niño, niña, adolescente. Longo (2001)<sup>68</sup> lo plantea como sigue: *“puede concluirse, entonces, que como contrapartida de la “guarda material” que detenta un progenitor, debe existir una verdadera “guarda espiritual” complementaria a cargo del otro. Este “derecho de comunicación”, no se limita a padres e hijos sino que tiene mayor amplitud y es comprensivo también del contacto del hijo con otros parientes tales como los abuelos y demás ascendientes, descendientes, hermanos.”*(Véase Esquema 3).

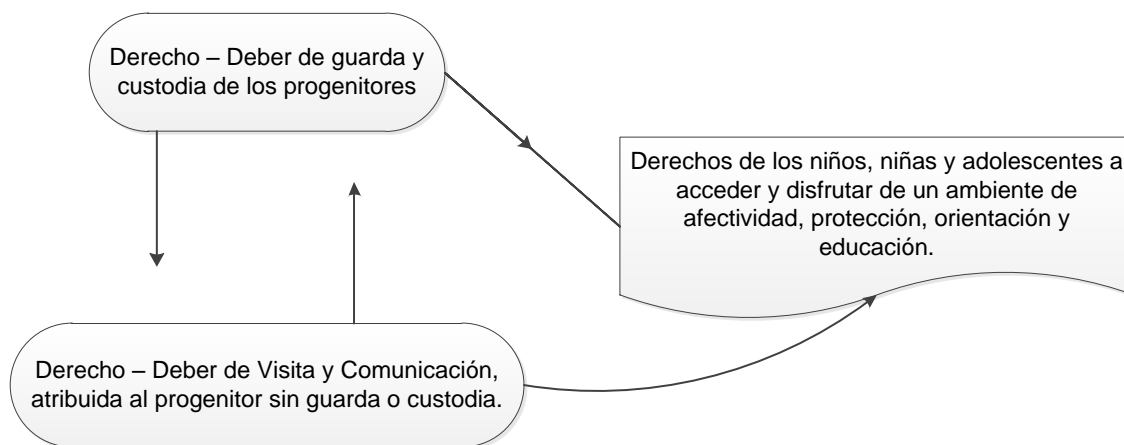
### Esquema 2. Derechos los de Progenitor y el “Interés Superior del Niño”



FUENTE: Voshlavia Málori Morón Monje

<sup>68</sup> Longo, Eduardo (2001). Derecho de Familia. Mexico: Porrúa. (Parte General)

### Esquema 3. Correlatividad de los Derechos – Deberes de Guarda, Custodia, Visita y Comunicación.



FUENTE: Voshlavia Málori Morón Monje

Desde el punto de vista jurídico, en el marco de la *Doctrina de la Protección Integral del Niño*, y de los elementos doctrinales desarrollados previamente, se debe señalar que la *visita y comunicación* conforman, como plantean Silva y Passalacqua (2002)<sup>69</sup>:

*“... Un complejo de derecho-deber o derecho-función, cuyo adecuado cumplimiento tiene por finalidad, no satisfacer los deseos o derechos de los progenitores (o abuelos y otros parientes), sino cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los menores en aras a un desarrollo equilibrado de los mismos. En este sentido, la principal finalidad de este derecho-deber es fomentar las relaciones humanas paternas o materno – filiales y mantener latente la corriente afectiva entre padres – hijos, pese a la separación o el divorcio, procurando que a los niños no les afecte gravemente la separación de los padres. Este derecho – deber se manifiesta también en los supuestos*

<sup>69</sup> Silva Ruis, Pedro y Passalacqua, John.(2002). Derecho de Familia. San Juan: UPR.

*de separación de hecho, no solo judicial, nulidad, suspensión o privación de la patria potestad.”*

El derecho – deber de visita y comunicación es un derecho (a favor de los hijos) y un deber (de los progenitores) que permite mantener las relaciones directas y regulares entre los progenitores y los niños, niñas y adolescentes. Este derecho – deber recoge la idea de que ambos padres tienen responsabilidad en el desarrollo psico emocional, físico e integral de sus hijos, que esta es una responsabilidad – deber y que supone una relación regular y permanente. Al respecto, Silva y Passalacqua (2002)<sup>70</sup> son meridianamente claros:

*“La responsabilidad de ser padres, desde el derecho consiste en ejercer la patria potestad en beneficio de los hijos menores, atender sus necesidades de alimentos, entendidos estos como el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación. El ejercicio de la patria potestad es compartida por ambos progenitores, supone representarlos, tomar decisiones en su nombre, realizar actos respecto de terceros y no siempre pueden coincidir ambos padres o pueden tener intereses encontrados con los de los hijos.”*

Por ende, dicho deber – derecho, estando protegido jurídicamente, no puede no debe ser suspendido arbitrariamente a los progenitores ya que ello conduciría a victimizar adicionalmente al niño, niña, adolescente involucrado, además de que implicaría la extensión a terceros del deber u obligación que corresponde a los mismos. La comunicación, visita y estancia del cónyuge no custodio no solo es un derecho del mismo sino más bien una obligación un derecho inamovible e incuestionable para los hijos. Por eso, el progenitor no custodio está obligado a cumplir el *Régimen de Visita y Comunicación* establecido judicialmente y el progenitor custodio esta igualmente obligado a respetar, favorecer y facilitar el mismo. Se busca resaltar entonces que el progenitor no custodio, debe mantener una relación estable, permanente y positiva con los hijos, para dar viabilidad al vínculo afectivo y emocional entre todos, fortaleciendo el conocimiento, aprecio y respeto mutuo.

---

<sup>70</sup> Silva Ruiz y Passalacqua.(2002).Ibid.

En el mejor de los escenarios, los progenitores pueden establecer acuerdos efectivos al respecto, de acuerdo a sus condiciones y responsabilidades externas velando siempre por el *mejor interés del niño*. Obviamente, cuando no exista acuerdo entre los progenitores, el Juez deberá adoptar las disposiciones adecuadas para garantizar el cuidado y la educación de los niños, y establecer un medio que permita la comunicación efectiva y consistente entre los hijos y el progenitor que no ha recibido la custodia y guarda. Esta decisión judicial conforma el *Régimen de Visita y Comunicación*.

Ahora bien, como plantean Silva Ruiz y Passalacqua (2002)<sup>71</sup>, cuando tal derecho – deber requiere ser reglamentado judicialmente, se “...especifica la duración de la visita, así como el tiempo y el lugar en el que se puede realizar. Todo ello quedara reflejado en el “convenio regulador”.” Ciertamente, la visita y comunicación se desarrolla en función de las posibilidades de ambos progenitores y del hijo función de que los contactos sean efectivos y productivos para todos los involucrados. Deben necesariamente incluir un “acuerdo” efectivo en términos de los lapsos de tiempo o duración, días específicos, y días relevantes (cumpleaños, vacaciones, fiestas de fin de año, etc.). Deben necesariamente incluir también, no solo la visita física, sino por todos los medios disponibles.

En este sentido, el *Régimen de Visita y Comunicación*, y de forma resumida, viene a ser la reglamentación de la forma, frecuencia y condición en que se materializara dicho derecho – deber. Este régimen hace posible que el padre o madre de un niño o niña que se han separado o divorciado, pueda verlo, relacionarse y comunicarse con el mismo según lo establezca el juez y mediando un convenio entre las partes. Así, el progenitor custodio debe velar por que se cumpla apropiadamente el *Régimen de Visita* sin impedir su ejercicio, mientras que el progenitor no custodio debe también cumplir fielmente con las estipulaciones acordadas. Siguiendo a Silva Ruiz y Passalacqua (2002)<sup>72</sup>, el mismo es “...un derecho que encuentra su raíz en la naturaleza y tiene como contrapartida una obligación, dado el interés de los hijos menores de contar con la figura paterna, con

---

<sup>71</sup>Silva Ruis, Pedro y Passalacqua, John.(2002). Derecho de Familia. San Juan: UPR.

<sup>72</sup>Silva Ruiz y Passalacqua.(2002).Ibid.

su ayuda afectiva y espiritual. Todo ello encaminado a la óptima formación y al beneficio del niño, niña y adolescente, a cuyo norte deben converger las conductas de ambos progenitores”. En el siguiente cuadro se detallan los derechos y obligaciones presentes en el *Régimen de Visitas*.

**Cuadro 1. Derechos y Obligaciones de los Progenitores en el Régimen de Visita y Comunicación.**

SUJETOS DE LA RELACIÓN	DERECHOS Y OBLIGACIONES
<b>Progenitor custodio</b>	<p><b>Derechos:</b> 1) Satisfacer las necesidades psico emocionales y materiales diarias; 2) Tomar las decisiones que afectan a los niños; 3) Administrar sus bienes.</p> <p><b>Obligaciones:</b> 1) Alimentarles, educarles y darles amor, y respeto, 2) Facilitar y cumplir con el Régimen de Visitas, 3) Informar al otro progenitor de las incidencias importantes que le sucedan al niño, niña, adolescentes.</p>
<b>Progenitor No Custodio</b>	<p><b>Derechos:</b> 1) Satisfacer las necesidades psico emocionales y materiales, 2) Cumplir con el Régimen de Visitas, 3) Ser informado de todas las incidencias importantes, 4) Ejercer la Patria Potestad compartida, salvo que el Juez indique lo contrario, 5) Acudir al Juez en caso de que se produzca algún incumplimiento.</p> <p><b>Obligaciones:</b> 1) Cumplir con todo lo acordado en el Convenio, 2) Velar por el mejor interés del niño y no por los propios.</p>

**FUENTE:** Voshlavia Málori Morón Monje.

El objetivo que persigue todo Régimen de Visitas y Comunicación es mantener dentro de parámetros básicos de efectividad las relaciones familiares, el apoyo mutuo, la solidaridad familiar, y los legítimos afectos que derivan de ese orden de

relaciones. Por ello, debe ser establecido de modo que contemple tanto el interés de los padres como el de los hijos menores, y aun cuando es al de estos últimos a los que tiene que dar preeminencia, debe tenerse presente que el interés superior del niño, rectamente entendido, requiere de modo principalísimo que no se desnaturalice la relación del niño, niña, adolescente con sus progenitores y, en todo lo posible, entre ellos mismos.

En términos legales, y a modo de clarificación, es importante señalar que el concepto y realidad de la visita implica un desplazamiento temporero de la guarda de quien detenta la tenencia hacia el progenitor no conviviente. *La visita y comunicación*, en ese marco, debe ser interpretada entonces como su efectivización no solo en el domicilio de quien detente la tenencia o el progenitor custodio, sino también, en el domicilio del progenitor no custodio e incluso en otro lugar que fuere pertinente conforme a las circunstancias. Estas posibilidades están condicionadas por las relaciones post separación o divorcio entre la ex pareja conyugal.

Debe considerarse, como criterio decisional, que, en casos conflictivos, la visita en el domicilio del progenitor custodio puede afectar y obstaculizar la libertad en la relación entre el padre no conviviente allí y el hijo, además de que lógicamente produce interferencias en el ámbito doméstico privado del progenitor custodio. Como indica Bidart Campos (2001)<sup>73</sup>, tales dificultades, en si mismas, no son óbice para suspender el derecho en cuestión ya que:

*“El contacto entre padres e hijos constituyen un derecho que solo puede ser restringido o suprimido cuando de su ejercicio puede derivarse un peligro para la salud física o moral de los niños, niñas, adolescentes, que se traduzca en una perturbación perniciosa en la culminación de su desarrollo psicológico y exista la posibilidad fundada de otro tipo de agresión”.*

### **3.1.7. El Derecho de Visitas, la Padrectomia y la Alineación Parental.**

El proceso de crisis posterior a la separación y divorcio puede generar una gama de problemas y confrontaciones de negación, rebeldía, “venganza”, hostilidad, etc. Que conducen al proceso de “triangulación” de los hijos por parte del progenitor

---

<sup>73</sup>Bidart Campos, German Jose. (2001). Casos de Derechos Humanos. Bs. As.: Ediar.

con Derecho de Guarda en contra de aquel que no la tiene. Al respecto pueden delinearse tres niveles:

- **Separación por mutuo acuerdo:** Si bien los cónyuges pueden estar con múltiples resentimientos, la ponderación del bienestar del hijo los motiva a no ampliar sus conflictos más allá de la separación y, por lo general, la madre retiene el Derecho de Guarda con el apoyo y consentimiento del padre.
- **Separación causada por el padre:** La madre con *Derecho de Guarda*, por resentimiento, genera en los hijos el *Síndrome de Alienación parental*. Inicialmente, suele iniciarse en bajo tono, pero caustico, mediante comentarios que generan en los hijos sentimientos conflictivos de amor vs. Rencor, de necesidad de acercamiento vs. Rechazo. Al incrementarse la negatividad de los mensajes subliminales de la madre, los menores entran en un proceso de desconcierto y sentimiento de culpabilidad ante la separación y el divorcio. Las conductas y actitudes de frustración, hostilidad, indefensión, depresión, etc., en la madre generan en los hijos somatizaciones y patológicas diversas.
- **Separación causada por la madre.** El proceso es bastante similar al previo pero su proceso de aceleración negativa es sumamente virulento y agresivo. Al respecto existen dos subniveles :
  - **Derecho de Guarda retenido por la madre.** Los niveles de alineación en contra del padre son torturantes y los de obstrucción del vínculo comunicacional y de visita con el adre constituyen una figura relativamente independiente de la violencia familiar.
  - **Derecho de Guarda retenido por el Padre.** La negación a un contacto con la madre provoca en los hijos serios problemas psicológicos. Los niveles de alineación en contra de la madre son exageradamente violentos y agresivos y los de obstrucción

del vínculo comunicacional y de visita con la madre constituyen una figura muy vinculada a la violencia familiar.

La definición y determinación judicial del *Convenio Regulator y Régimen de visita y Comunicación* no resuelve definitivamente los problemas que se derivan de la separación y divorcio ya que subsisten y pueden incrementarse durante y después de los mismos. En consecuencia, adquieren relevancia jurídica y judicial en tanto afecten el derecho – deber de visita y comunicación entre el progenitor sin guarda y sus hijos, obligando a la autoridad judicial a redefinirlos y delimitarlos, incluyendo la suspensión en casos extremos.

Como ya se ha destacado en términos del proceso de crisis en general y el proceso de crisis ante la ruptura conyugal,, son múltiples y complejas las consecuencias derivadas para todos los involucrados y para los menores en particular. Generalmente se desarrollan comunicaciones y relaciones conflictivas y contradictorias entre los adultos y ellas suelen conducir a confrontaciones verbales y hasta físicas sumamente perjudiciales para la psiquis de los hijos “observadores participantes”, donde; *“Los hijos se sienten desorientados y confundidos, inmersos en un conflicto que no desearon, ni previeron. La paternidad y maternidad se debaten en un enfrentamiento consciente o inconsciente, dirigido inevitablemente al resquebrajamiento o anulación de los roles antes compartidos.”*<sup>74</sup>

Esto es, si en las relaciones conflictivas de los cónyuges enfrentados no predomina el propósito de rescatar lo positivo de la unión anterior como la armonía, y el mantenimiento y conducción de los roles y relaciones paterno – filiales responsablemente, se produce una situación que genera una relación dañina para todos los involucrados. Esa situación puede postergar indefinidamente la solución de la problemática de la ausencia del clima familiar de afectividad, la falta de apego y comunicación entre progenitores e hijos y la solución creativa de la crisis emergente de la desmembración del núcleo familiar original. Ello promueve una consecuente desvirtuación de los roles, funciones, deberes y responsabilidades de los progenitores (ambos y cada uno), y la naturaleza y características de las relaciones paterno – filiales. De ese modo, las actitudes, comportamientos y acciones negativas

---

<sup>74</sup> C. Fr. Bermudez Tapia, Manuel. (1999). <http://deerechospaternofiliales.blogspot.com/>



y obstructoras de los progenitores afectan sustancial y medularmente al *Interés superior del niño*, su desarrollo integral y su futuro como miembro de la familia y de la sociedad.

Los planteamientos preliminares son absolutamente necesarios para visualizar, comprender y analizar el tremendo impacto que produce la obstrucción del *Derecho de Visitas y Comunicación*, no solo en los progenitores contendientes, sino en el niño, niña, adolescente y lo que debería ser protección y defensa de sus *mejores intereses y bienestar*.

Existen dos grandes categorías que definen las conductas que obstruyen el *Derecho de Visita y Comunicación: la Padrectomia y la Alineación Parental*. El primero, la Padrectomia hace referencia, desde la perspectiva masculina, al proceso de extirpación psico emocional del rol paterno y que se expresa, a lo largo del tiempo, a nivel social y legal (pérdida parcial o total de derechos), con sus correspondientes consecuencias afectivas y emocionales. Dicho proceso afecta directamente la estabilidad emocional del padre ante el distanciamiento físico y emocional de sus hijos, y suele incluir sentimientos de culpa, resentimientos y otras emociones negativas y destructivas con respecto a si mismo o su ex cónyuge. Los hijos, por su lado, sufrirán el distanciamiento de la significativa figura paterna y la madre se verá sobrecargada de tareas y funciones al tener que asumir los deberes y responsabilidades paternas la dinámica generada dentro de tal proceso, ciertamente obstruye el cumplimiento del derecho – deber de *visita y comunicación* ya que interfiere muy negativamente con el necesario ambiente familiar de afectividad, la asociación e intercambio entre progenitores e hijos, y la modificación drástica de las practicas (normas, reglas, hábitos, costumbres) de protección y comunicación materno – paterno filiar. Las graves consecuencias generadas, fundamentadas en la persistente conflictividad entre los progenitores, son, básicamente, aquellas descritas en el *Síndrome de Alienación Parental*.

Como se ha ido describiendo, el impacto d la separación y el divorcio en los menores está asociado con una amplia gama de trastornos psicosociales donde, según Mc. Lanahan y Sandefur (1994)<sup>75</sup>, el factor más relevante lo constituye la

---

<sup>75</sup>Mc. Lanahan, S.&Sandefur, G. (1994). *Growing Up With a Sigle Parent: What Hurts, What Helps*. Cambridge: Harvard University Press.

ausencia de la figura paterna, asociándola sociológicamente con multiplicidad de conductas y acciones auto – destructivas (como delincuencia y uso de alcohol y drogas), rezago académico y deserción escolar, y, entre muchos otros, un bajo nivel de empleo laboral en el caso de los niños y de maternidad precoz cuando se trata de las niñas al llegar a la adultez.

Al respecto, según Amato y Gilbreth (1999)<sup>76</sup>, la presencia del padre para un desarrollo armónico de los hijos resulta crucial. De acuerdo con ellos, el bienestar del hijo se sustenta en el ejercicio de una paternidad con autoridad con autoridad moral y la existencia de estrechos sentimientos de afecto entre padre e hijo. La ausencia de ello constituye, postulan, el mejor predictor de consecuencias como las ya señaladas y que se resumen en la externalización de conductas sociales y problemas emocionales problemáticos. En el caso económico, social y parental y en el caso de los hijos porque luchan, independientemente de su edad, con la desconcertante demanda de tener que redefinir sus contactos con ambos progenitores.

Según los especialistas la *alienación parentales* una estrategia desesperada del progenitor orientador del rechazo para promover y fortalecer el distanciamiento hacia e progenitor alineado y, consecuentemente, la negativa del hijo a relacionarse mediante la *visita y comunicación*. Ello va acompañado de una variedad de acusaciones sin prueba objetiva y legal alguna. No hay que ignorar que este proceso de alineación constituye una modalidad particular de maltrato al niño, niña, adolescente en tanto impide al menor formase una visión propia y adecuada de la personalidad, conducta y sentimientos del progenitor alineado al no permitirle el progenitor alineante una relación fluida y continua con el mismo.<sup>77</sup>

Todo ello se hace más complejo en aquellos casos en los que el progenitor custodio, que generalmente suele ser la madre, tiene que hacer frente, no solo a la sobrecarga de tensiones y tareas propias de su misión, sino también al lógico desajuste emocional asociado con la tensa situación que suele conllevar la ruptura. Es por eso que, con relativa frecuencia, la figura parental encargada de la custodia

---

<sup>76</sup>Amato, P.R&Gilbreth, J.G.(1999). Non – Resident Fathers and Children´s Well Being: A Meta Analysis. "Journal of Marriage and the Family.

<sup>77</sup>C. Fr. Canton, J. Cortes M. Justicia M. (2000).Conflictos Matrimoniales, Divorcio y Desarrollo de Los hijos. Barcelona: Piramide, Possin, Gerar& Lamy, Anne. (2005). Custodia Compartida: como Aprovechar Sus ventajas y Evitar Tropiezos. Madrid: Espasa – Calpe; Tejedor, Asuncion. (2006). El Síndrome de Alineacion Parental: Una forma de maltrato. Bs. As. Paidog, Wallerstein, J &Blakeslee, S. (1989). Pades e hijos después del Divorcio. Bs. As.:Vergara.

desempeña prácticas educativas erráticas, con poco control sobre el comportamiento del menor y escasa sistematicidad en el seguimiento de reglas, con las consecuencias negativas que son de prever en el desarrollo de los hijos.

Es estado de crisis que se genera en el niño, niña, adolescente, suele exacerbar los problemas entre los progenitores en lugar de servirles como señal de alerta, como puente para reconstruir sus quebradas relaciones como progenitores, y como mecanismo superador de sus controversias, antagonismos y disputas. En cambio, sea cual fuere la situación o condición del niño, niña y adolescente, utilizan la misma como instrumentos mutuamente detractores. Lamentablemente, las temáticas de soledad y de miedo al abandono se hacen más intensas en el niño ante el “estado bélico parental”, particularmente cuando se convierte en *testigo inocente de la violencia* (verbal y/o física) entre sus progenitores. Estas experiencias no solo ponen en marcha una intensa angustia y un desconcierto enervante, sino que son actualizadas y reformuladas cotidianamente por la diaria refriega entre ellos. Esto significa que, aunque el menor no tenga una clara conciencia de las mismas, las vive como genuinos traumas psicológicos, crenado la habitual sintomatología del trastorno por estrés postraumático, y cuyos síntomas permanecen a lo largo de mucho tiempo, a veces durante toda la vida. Por otra parte, las consecuencias de la separación o divorcio de los progenitores también afecta seriamente el desarrollo social de los hijos, al fracturarse las redes de apoyo social con las que contaban hasta entonces.<sup>78</sup>

El estudio longitudinal de Maccoby, Buchanan, Mnookin y Dornbusch (1993)<sup>79</sup> detecto tres patrones psicológicos entre la ex pareja después de la separación y el divorcio:

- **Patrón cooperativo.** Los padres se caracterizan por hablar frecuentemente entre ellos acerca de los asuntos que conciernen a los hijos, procurando no interferirse mutuamente y acordando entre ambos las funciones a desempeñar dentro de cada hogar respecto a los

---

<sup>78</sup> C. Fr. Hetherington, E. Bridges, M. & Insabella, G (1998). “What Matters? What Does Not? Five Perspectives on the Association Between Marital Transition and Children’s Adjustment”. *American Psychologist*. Wallerstein, J & Kelly, J. (1980). *Surviving the Break Up: How Children and Parents Cope with Divorce*. New York: Basic Books.

<sup>79</sup> Maccoby, E., Buchanan, C., Mnookin, R. & Dornbusch, S. (1993). “Post Divorce Roles of Mothers and Fathers in the Lives of Their Children” *Journal of Family Psychology*

mimos. En principio, a pesar de que el niño reparte su vida entre dos hogares diferentes, este patrón resulta ser el de menor fuente de conflictos. Las dificultades que pueden surgir obedecen más a la incidencia de variables como la edad, tamaño de la familia, modalidad de determinación de la custodia, diferencias de percepción sobre cómo se involucró el “otro” en la crianza antes de la separación o el divorcio, y la presencia de criterios distintos en la consideración del bienestar del niño en el hogar de uno u otro progenitor.

- **Patrón de Hostilidad.** Existe contacto con marcada animosidad o enfrentamiento mutuo. Son frecuentes las acusaciones de “boicot” de las visitas por parte del progenitor sin guarda o custodia. Suelen haber problemas cada vez que los niños disfrutan del contacto presencial con uno u otro progenitor, ya que ello engendra la irritación entre ellos y el sentimiento de decepción del niño.
- **Patrón de Distanciamiento.** Es común entre progenitores con hijos adolescentes, quienes les utilizan como “transmisores” de mensajes más o menos hostiles para evitar confrontarse entre si. Con el paso del tiempo, el distanciamiento entre los progenitores se profundiza y los patrones conflictivos disminuyen.

Es sumamente importante destacar en esta coyuntura del análisis que el llamado *Principio de Igualdad Legal*, en el ejercicio entre los progenitores de sus funciones en el cuidado y educación de los hijos, reclamado insistentemente por los defensores de la llamada “*custodia compartida*” ha sido objeto de serias críticas por parte de algunos autores en función del posible riesgo de conflictos de lealtad en los hijos que mantienen lazos afectivos estrechos con ambos progenitores, alterando la necesidad de estabilidad en sus vidas y perjudicándolos por la exposición continuada al conflicto entre los padres, al intensificarse la tensión entre la pareja en virtud del contacto que las visitas pueden acarrear.<sup>80</sup>

---

<sup>80</sup>C.Fr. Goldstein, J. Freud, A.&Solnit,A.J. (1973). *Beyond the Best Interests of the Child*. New York;Free Press, Kuehl, S.J. (1989). “Against Joint CCustody: a Dissent to the General Bull Moose Theory”. *Family and Conciliation Courts Review*, Bender, W.N. (1994). “Joint custody: The Options of Choice”. *Journal of Divorce and Remarriage*.

Así, según Turkat (2000)<sup>81</sup> el acuerdo igualitario respecto a las responsabilidades parentales debe sustentarse sobre la base de que la custodia compartida se cumpla según lo acordado entre los progenitores o se haya establecido en el *Régimen de Visitas y Comunicación*. El problema se hace patente, no obstante, cuando surgen las conductas analógicas y beligerantes como resultado de la *obstrucción de la visita y comunicación*, que pueden ir desde el empleo de tácticas soterradamente maliciosas por parte del contrario, hasta el momento de la animosidad entre los parientes y amigos cercanos. En tales circunstancias, es evidente que los progenitores opositores desempeñan conductas dañinas para todos los miembros del grupo familiar, y por tanto, no actúan en beneficio del mejor interés de sus hijos promoviendo, en cambio, su eventual disfunción social y emocional.<sup>82</sup>

A dicho impacto negativo en el desarrollo global de los hijos, se pueden sumar una serie de factores circunstanciales que, especialmente cuando se trata de una ruptura teñida por la confrontación o el conflicto, intensifican la disfunción evolutiva de los menores. En estos casos, los conflictos emocionales asociados con la separación o el divorcio se intensifican, convirtiéndose los menores en víctimas de situaciones (sutiles o manifiestas) de manipulación, por parte de uno o de ambos progenitores, para despertar la animadversión y el rechazo hacia el otro. Ello puede conducir, concretamente, a trastornos específicos como el *Síndrome de Alineación Parental (SAP)*<sup>83</sup>, cuadros derivados, como el *Síndrome del Progenitor Malicioso (SPM)* que puede llegar hasta su forma más severa denominada *Síndrome de la Interferencia Severa (SIS)*. En época más tardía, en la adolescencia, puede incluso surgir el *Síndrome de la Falsa Memoria (SFM)*.<sup>84</sup>

La estrategia conocida como *Síndrome de Alineación Parental*, cuya conceptualización fue desarrollado por Gardner (1985)<sup>85</sup>, consiste de una estrategia

---

<sup>81</sup>Turkat, I.D.(2000), "Shared Parenting Dysfunction" The American Journal of Family Therapy: C.Fr. Kitzman, K& Emery, J (1994) "Child and Family Coping One Year After Mediated and Litigated Child Custody Disputes". Journal of Family Psychology.

<sup>82</sup>C.Fr. Marlow, L.&Sauber, R.S.(1990) The Handbook of Divorce Mediation. NY: Plenum, Johnston, Janet (1994). "High Conflict Divorce". The Future of Children:4 Pgs. 165 – 182. Ehrenberg, M. Hunter,M&Eltherman, M.(1996) "Shared Parenting Agreements After Marital Separation: The Roles of Empathy and Narcissism."Journal of Consulting and Clinical Psychology:64 Pgs. 808 – 818, Turkat, I.D.(2000). "Custody Battle Burnout" The American Journal of Family Therapy: 28 Pgs. 201-215.

<sup>83</sup>El SAP no está incluido dentro del DSM-IV ni del CIE-10(Clasificación general de las enfermedades mentales).

<sup>84</sup>C. Fr. Aguilar Cuenca (2004), Darnall (1998), Gardner (1985), (1989),(1991), (1992), (1999), (2001), y (2004), Lamb, Sternberg & Thompson (1997), Turkat (1994) y (1999).

<sup>85</sup>Gardner, R.A. (1985). "Recent Trends in Divorce and Custody Litigation".Academy Forum.

donde uno de los progenitores dirige, de forma solapadamente sutil y perversa, a los hijos en contra el otro progenitor. Dicho psiquiatra lo delimita como un desorden que surge casi exclusivamente en los contextos de disputa por la guarda, custodia o tutela del hijo, consistente en “programaciones” subliminales que tienen como objetivo central alienar al “otro” progenitor mediante una especie de “lavado de cerebro” aplicando como táctica una intensa y consistente campaña de desprestigio y humillación.

Esta entidad clínica fue ampliada por Darnall (1998)<sup>86</sup> al sostener que, en muchos casos, el progenitor alienante manipula acontecimientos reales nimios hasta convertirlos en irreconociblemente severos. Cualquiera fuere el caso, estas conductas son altamente perjudiciales y victimizantes para los hijos, para el progenitor alienado, y para las relaciones entre ambos, socavando seriamente la figura de la *custodia compartida*<sup>87</sup>. La detección del *Síndrome de Alineación Parental* no resulta fácil, pero Aguilar Cuenca (2004)<sup>88</sup>, destaca que existen una serie de criterios que ayudan a identificar la instauración de este trastorno en el proceso de ruptura de la pareja:

- Cuando el niño trata al otro progenitor como a un desconocido, sintiendo su proximidad como una agresión a su persona.
- Cuando existan muestras sin fundamento de desamor hacia el progenitor rechazado, que se justifican utilizando argumentos basados en situaciones pasadas banales y en conductas o características protagonizadas por dicho progenitor carentes de toda importancia e incluso absurdas.
- Cuando se observan signos de odio total y absoluto hacia el progenitor rechazado, sin concesiones, dando muestras el hijo de sentir una adhesión y devoción incondicionales hacia el progenitor manipulador, al que defiende sin admitir ningún tipo de razonamiento dirigido en su contra.

---

<sup>86</sup> Darnall, D. (1998). *Divorce Causalities: Protecting Your Children From Parental Alienation*. Dallas: Taylor.

<sup>87</sup> C.Fr. Cartwright, D.(1993). “Expanding the Parameters of Parental Alienation Syndrome”.*American Journal of FamilyTherapy*.

<sup>88</sup> Aguilar Cuenca, Jose M. (2004). *Síndrome de Alineación Parental. Hijos Manipulados por un Cónyuge para Odiar al Otro*. Córdoba: Almuzara.

- Cuando existan claras manifestaciones de un constante descredito del progenitor alineador hacia el progenitor alienado a lo largo del proceso de la separación o el divorcio, llegando el hijo a interiorizar esos argumentos hasta formar parte de su pensamiento y juicios, resultando chocante los términos que emplea para referirse a la figura parental atacada, llegando a relatar detalladamente pasajes que realmente no vivieron o presenciaron; y,
- Cuando el odio que siente el progenitor alineador y el hijo no solo está dirigido hacia la figura desprestigiada, sino a todo el entorno familiar de este (abuelos, tíos, primos, etc.), cuando previamente se había tenido con ellos adecuadas relaciones afectivas.

Según la intensidad del proceso de alienación, Gardner (1985) diferencio tres tipos de *Síndrome de Alineación Parental*: leve, moderado y severo. Estas no constituyen entidades nosológicas precisas, sino tres formas graduales en el *continuum del SAP*.

- **SAP Leve:** Corresponde a la etapa donde se producen las visitas con el progenitor no custodio, sin que aun ocurran grandes situaciones de conflicto. La intensidad de la fase de desprestigio es de baja intensidad, aunque se haya iniciado. Los sentimientos de culpa con el progenitor desprestigiado están aun presentes en el niño y los lazos afectivos que le unen siguen siendo relativamente fuertes.
- **SAP Moderado:** Corresponde a la concreción de conflictos en las visitas, especialmente en el momento de la entrega del menor. La campaña para denigrar al progenitor “visitante” se acentúa, ampliándose los ámbitos del descrédito y haciéndose frecuente. El menor muestra claramente su afecto positivo hacia el progenitor atacante, a la vez que culpa al “otro” de los conflictos. Suele iniciarse el rechazo hacia la familia del progenitor no custodio. El progenitor manipulador se encarga de informar al menor de las iniciativas legales en su contra. Comienzan las interferencias con excusas de toda índole para acortarlas o impedir las. Los lazos afectivos con el progenitor no

custodio se van deteriorando y se intensifican los establecidos con el progenitor custodio. Cuando el trastorno se sitúa en este nivel, si hay varios menores, es frecuente que el mayor participe más en el proceso del desprestigio, tratando de implicar a los más pequeños.

- **SAP Severo:** Cristaliza claramente cuando la gestión de desprestigio es extrema y continúa. Las visitas y comunicación con el progenitor no custodio se hacen imposibles o, sencillamente, se anulan con reiteradas provocaciones y entorpecimientos. Si, a pesar de todo, ellas se dan de alguna forma, el mutismo selectivo por parte del menor suele ser un arma muy empleada. Además, en el momento de los encuentros, el menor reacciona con llanto desconsolado, inquietud y angustia, lo que puede inclinar a la creencia de algún tipo de maltrato por parte del mismo. En este nivel, el odio hacia este progenitor es extremo y también la ausencia de culpa por ello. Es frecuente que el progenitor difamador suavice por entonces sus ataques, dando la impresión de no tener responsabilidad alguna en las reacciones y actitudes que adopta el menor. El objetivo se logra si los vínculos afectivos con el otro progenitor quedan definitivamente rotos.

Según Aguilar Cuenca (2004)<sup>89</sup>, la principal consecuencia de la alineación parental es que el menor victimizado pierde sus vínculos afectivos con el progenitor alineado. Esta ruptura origina una serie de reacciones negativas, como son los elevados niveles de angustia y miedo a la separación del progenitor alineante y manipulador, sobre todo ante la presencia del progenitor alineado.

Estas disfunciones emocionales provocan, a su vez, particularmente en los más pequeños, alteraciones en los patrones de alimentación y del sueño, aparición de conductas regresivas, bajo rendimiento académico, dificultades de atención, pérdida de habilidades sociales, ausencia de empatía y escaso control de los impulsos. Igualmente, los menores que son víctimas del SAP poseen una autoestima muy baja que intentan elevar a través del reconocimiento y el afecto de los otros,

---

<sup>89</sup> Aguilar Cuenca, Jose. M.(2004). Síndrome de Alineacion Parental. Hijos Manipulados por un Conyuge para odiar al otro. Cordova: Almuzara.



utilizando la ya aprendida “técnica de la manipulación”. Cuando no lo logran, el sentimiento de frustración es superlativo y poco controlado y expresado en explosiones emocionales virulentas aparentemente injustificadas.

Por otro lado, cualquier actitud, conducta o acción del menor que el progenitor alineante considere “traidora” es duramente castigada mediante el chantaje afectivo e incluso los castigos físicos. A largo plazo, cuando el menor ya es adulto, si llega a conocer cuales fueron realmente los elementos subyacentes que provocaron el tipo de relaciones negativas que desarrollo con el progenitor alineante y como este le influyo en las que, a su vez, tuvo con el progenitor alineador, los efectos del *SAP* pueden ser devastadores, incluyendo la aparición de sentimientos de culpa y depresión aguda.

Los estudios de Turkat (2002 a y 2002 b)<sup>90</sup> con respecto a la obstrucción parental con la visita y comunicación son muy ilustrativos. Al respecto propone que los criterios a tenerse en cuenta en la disfuncionalidad parental, son, en primer lugar, que uno de los progenitores viole significativamente el acuerdo legal de custodia compartida empleando conductas hostiles o falta de cooperación hacia el otro progenitor, y segundo, que esos comportamientos afecten muy negativamente al menor implicado y al otro progenitor afectado. A partir de estas dos premisas, se distinguen tres tipos de conductas que evidencian la violación del acuerdo de paternidad compartida: a) que la conducta hostil este directamente dirigida al otro progenitor, b) que tal hostilidad se ejerza de manera indirecta, y c) que se ejecuten actos de no cooperación por parte del progenitor con custodia, estos tres aspectos pueden tener diferentes grados de disfuncionalidad, según sean desempañados por los implicados y por el nivel de triangulación en que se haya involucrado al menor.

De hecho, Turkat (1999)<sup>91</sup> estableció una variante muy importante del *SAP* llamada *Síndrome del Progenitor Malicioso*. En esta, el progenitor custodio fomenta, propicia y estimula que sea directamente el menor quien realice la misión patológica de hacer daño al otro progenitor utilizándolo así, en múltiples niveles, como instrumento útil en su campaña de castigo y descredito (i.e. triangulación). Debe

---

<sup>90</sup>Turkat, I.D. (2002 a). “Custody Battle Burnout”. The American Journal of Family Therapy. 28 Pgs. 201 – 215; Turkat, I.D. (2002 b). “Shared Parenting Dysfunction”. The American Journal of Family Therapy: 30 pag. 385 – 393.

<sup>91</sup>Turkat, I.D. (1999). “Divorce Related Malicious Parent Syndrome”. Journal of Family Violence. 14: 95 – 97.

destacarse que en el *Síndrome de Interferencia Severa*, algunas de las más destructivas formas de disfunción pueden incluir el abuso físico, el secuestro, y otras acciones y conductas penalizadas legal y moralmente.

Por otro lado, un efecto relativamente tardío del SAP puede ser el trastorno que Gardner (2004)<sup>92</sup> denominó *Síndrome de la Falsa Memoria* y que aparece en adolescentes y jóvenes adultos, sobre todo del género femenino, que han sido víctimas de la manipulación parental durante su temprana niñez. El *SFM* caracteriza fundamentalmente por la creencia persistente del sujeto de que fue objeto de abuso sexual en la infancia, aunque realmente ello no ocurrió. Este síndrome tardío incluye una variedad de elementos absurdos o imposibles, como la “creencia” de que algunos de los miembros cercanos de la familia facilitaron el abuso, ignoraron o castigaron sus “revelaciones o denuncias” y hasta que otros familiares, amigos o vecinos participaron en el abuso o también le abusaron. Obviamente el *SFM*, aun cuando se origina en la crisis aguda y en el severo trauma provocado por la separación, el divorcio y la batalla alienante y agresiva entre los progenitores y no tiene base real, constituye un serio problema de disfunción emocional y social.

En conclusión, la sintomatología del impacto negativo que genera en los menores la separación y divorcio de los progenitores y el desarrollo de *Padrectomia* y *el Síndrome de Alineación Parental* incluye, según la edad y nivel de desarrollo psico emocional:

- Negación irrazonable de la ruptura de la unidad familiar.
- Dependencia aguda del progenitor con guarda (angustia de separarse.)
- Tensión emocional aguda, miedo intenso y profunda confusión, con consecuencias negativas a nivel psico emocional y conductual.
- Sentimientos de abandono y culpabilidad, rechazo, impotencia, indefensión, inseguridad, estados de ansiedad y depresión y conductas regresivas, disruptivas y otros problemas como el uso temprano de alcohol y drogas y delincuencia.

---

<sup>92</sup>Gardner, R.A.(2004). “The Relation Between the Parental Alienation Syndrome (PAS)and the False Memory Syndrome (FMS)”. The American Journal of FamilyTherapy: 32.

- Depresión: culpa, tristeza, llanto, desgano, apatía, angustia de separación, irritabilidad, ira, indiferencia.
- Deterioro del rendimiento escolar y/o posible deserción eventual.
- Regresión emocional: lenguaje y conducta de etapas infantiles previas.
- Manipulación de ambos progenitores: búsqueda de beneficios diversos, intentos de reconciliarlos y/o “castigarlos”.
- Conducta antisocial (suele tener el simbolismo de ganar poder compensatorio ante su situación emocional, actuando negativamente sin sentimientos de culpa).

Cuando se cronifica el rechazo parental, las consecuencias psicosociales significativas que afectan negativamente el desarrollo integral del menor incluyen:

- **Trastornos de ansiedad.** Alto nivel de ansiedad, tensión y nerviosismo, manifestados psicosomáticamente, culminando en desbordamientos emocionales que impiden estar frente al progenitor alienado con serenidad y normalidad.
- **Trastornos del sueño y la alimentación.** Consisten de insomnio, pesadillas, y trastornos alimenticios como ingesta compulsiva de alimentos o anorexia.
- **Codependencia emocional.** Desarrollo de enfermizos lazos psicopatológicos con el progenitor con guarda mediado por un intenso temor inconsciente “a ser también abandonado” por este, lo que lleva a una fuerte afectividad con el “protector” y fuerte rechazo al que “le abandono”. Expresión de emociones erráticas con ausencia de capacidad empática ante el progenitor rechazado.
- **Conductas de evitación.** Desarrollo de una variedad de “técnicas” conducentes a obstaculizar la relación paterno – filiar, como fingimiento de “problemas físicos” (dolores estomacales, resfrió, fatiga o asma, etc.)o “compromisos” escolares, deportivos, sociales, etc. El menor “actúa” dramáticamente su rechazo sin verbalizarlo o expresarlo de forma agresiva buscando la aceptación de su negación sin confrontaciones con el progenitor rechazado.

- **Trastornos conductuales.** Dificultad o ausencia de control de impulsos y manifestación de conductas verbales ofensivas y conductas agresivas en contra del progenitor alineado y contra todo el que le implique una presión a cumplir con la comunicación y visita. Puede conducir a una variedad de conductas socio psicológicas y patológicas negativas.
- **Victimización primaria y secundaria.** En casos de alienación parental severa, pueden darse falsas denuncias de maltrato de menores, exponiendo a los menores a numerosas exploraciones psicosociales, médicas y judiciales que generan una adicional y monumental fuente de tensión. Una de sus consecuencias más severas es la adición al cuadro patológico del proceso de victimización primaria y la asunción del rol de “víctima”. De hecho, particularmente en lo más pequeños o aquellos donde el proceso de alineación parental ha sido intenso y prolongado, el rol de “víctima” y sus allegados contenidos maltratantes se convierten psicológicamente en algo “real” y doloroso. En este contexto, el menor en realidad es “víctima” del progenitor alineante. A ello se une que la presión para repetir en múltiples ocasiones a todos los profesionales involucrados las alegaciones (para el caso, fueren o no reales) constituyen parte intrínseca del proceso de victimización secundaria. Situación que, en el caso de falsas alegaciones o acusaciones, tienen el efecto de reforzar su “realidad” en la mente infantil, además de provocar y facilitar la incorporación en el lenguaje del menor de términos psicosociales, médicos jurídicos que tienen a su vez el efecto de “apoyar” la situación de alineación parental y “victimización”.

### **3.1.8. La Obstrucción del Derecho de Visitas Frente al Tribunal.**

En el marco de los serios y contundentes problemas surgidos entre los progenitores con respecto al Derecho de Visita y Comunicación, el tribunal correspondiente posee la facultad para restringir o limitar el mismo de acuerdo con determinados criterios instituidos normativamente. El criterio matriz que rige al respecto consiste en que el impacto negativo que se pretende minimizar o evitar debe ser mayor que el daño que se produce impidiendo la *visita y comunicación*

entre progenitor e hijo. Dos aspectos importantes a tener muy en cuenta teórica y judicialmente quedan planteados por Melich Salazar (2003) cuando sostiene que: “*El derecho de visita es una concreción del derecho de comunicación, y se refiere al momento físico en que se realiza la comunicación... (Aunque ella ocurre también)..., no solo físicamente si no a través del teléfono, internet, carta, (etc....)*”. También advierte que “*en los momentos en que se realiza la visita y estancia, el progenitor no custodia, pasa a serlo, y por ello en esos momentos es a él a quien incumbe todas las obligaciones y responsabilidades inherentes a esta custodia.*”<sup>93</sup>

Se reitera entonces, que solo en casos muy graves que planteen, no un temor conjetural, acomodaticio y prejuiciado, sino un peligro real y objetivo para la seguridad y estabilidad integral del menor, es viable privar a cualquier progenitor del *Derecho de Visita y Comunicación*. Esto es, el contacto entre padres e hijos constituye un derecho – deber que solo puede ser restringido o suprimido cuando de su ejercicio pueda derivarse un peligro para la salud emocional, física o moral de los menores, que se traduzca en una perturbación perniciosa para su desarrollo psicológico, y/o que exista la posibilidad, sospecha o acusación fundada de otro tipo de daño y agresión. Así entonces, el *Derecho de Visita y Comunicación* no es un derecho propio *en sí mismo y por sí mismo*, sino un complejo de derecho – deber o derecho – función, que tiene por finalidad cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los menores a fin de promover y facilitar su desarrollo equilibrado y que debe ser ponderado y decidido en función del *Principio del Mejor Interés del Niño*.<sup>94</sup>

Consecuentemente, puede considerarse procedente la “suspensión de visitas” cuando los menores padecen de un estado psíquico cuyo aspecto más grave y aparente es la alteración que les produce la simple presencia del progenitor rechazado o alineado, e inclusive a la simple sugerencia o idea de tener que enfrentarle, cuando el mismo puede haber estado más o menos largo tiempo sin

---

<sup>93</sup> Melich Salazar, Rafael. (2003). “Las crisis Matrimoniales: La Nulidad, la Separación y el Divorcio”. Informes Portal Mayores. Núm. 9. Pág. 23. Madrid: Portal Mayores. <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/melich-crisis01.pdf>.

<sup>94</sup> Díaz de Guijarro, Enrique.(s/f). “Las limitaciones del Derecho de los Padres Divorciados a visitar a sus hijos.” Revista IUT. Ara.: 25-1406; Díaz de Guijarro Enrique (1960). El acto jurídico familiar y otros estudios. Bs. As.: Tipografica Argentina; Díaz de Guijarro Enrique (1983). “La patria potestad compartida. Principios y Consecuencias.” Revista J.A.: 29/6/83; Díaz de Guijarro Enrique (1989). “el interés familiar y el interés social en las cuestiones sobre tenencia compartida de los hijos en hipótesis de nulidad matrimonial y de divorcio.” En revista J.A.: 1989-I-979.

verle o intentar verle, en tanto no demuestre ampliamente la justicia y conveniencia de su petición. De hecho, no es suficiente para la privación del Derecho de Visita y Comunicación la alegación de “culpa” en la separación y el divorcio, el haber iniciado nuevas relaciones con otra pareja, o el “estilo de vida” que pueda llevar el progenitor rechazado.

Es importante asimismo destacar que, con relación al menor procreado mediante relaciones extramatrimoniales, se han establecido limitaciones más rigurosas cuando el mismo ha sido abandonado por los progenitores, y se encuentra bajo la guarda o custodia de terceros. En tales casos, la pérdida de la *Patria Potestad* impugnaría de por sí cualquier tipo de visitas, aunque, aun sin que se haya decretado la misma, las visitas tampoco son aceptables.<sup>95</sup> Al respecto, bastaría que los guardadores legales aleguen hechos capaces de determinar tal sanción. También impediría las visitas la alegación sustentada del traumatismo que podría provocar la visita de progenitores que ni siquiera conocen o, más aun, el conocimiento de que los guardadores que consideran sus progenitores no lo son biológicamente. Debe estar claro, no obstante, que la pérdida de la *Patria Potestad* por “abandono de menores” no es suficiente fundamento y criterio para excluir de plano el *Derecho de Visitas y Comunicación*.

En este marco general, tras posibles causas que pueden fundamentar la restricción de las visitas y comunicación son los problemas de salud que imposibiliten los traslados, la marcada resistencia a ver al progenitor cuando se debe al desapego notorio o la indiferencia prolongada, disturbios psíquicos en cualquiera de los progenitores o en ambos, enfermedad o condiciones habitacionales inadecuadas del progenitor sin guarda o “visitador”, actitudes, conducta y vocabulario que pretenda minimizar o desacreditar al “otro” progenitor, y la insistencia en que las visitas se realicen ante terceros que resulten inconvenientes o impropios para el propósito por el cual son reconocidas.

Es necesario puntualizar que el *Derecho de Visita y Comunicación* y el *Derecho de Alimentos del Menor* son derechos y deberes independientes, por lo que no es lícito condicionar el primero al pago de la *Pensión Alimentaria* o de otras

---

<sup>95</sup>Borda, Guillermo (1988). Manual de Familia. Bs. As.: Abeledo – Perrot, Borda, Guillermo (2008). Tratado de Derecho Civil. Bs. As.: La Ley.

obligaciones similares.<sup>96</sup> Otras áreas controversiales que pueden surgir por parte del progenitor sin guarda se refieren al incumplimiento en el horario de visitas y comunicación, como sería no cumplir con el horario establecido, los días o periodos asignados, o, en su defecto, cumplir con los mismos impropiamente; igualmente, el progenitor con guarda puede obstaculizar los mismos.<sup>97</sup>

Por ende, la restricción o suspensión del *Derecho de Visita y Comunicación* es una “medida de excepción”, admisible solamente ante la existencia de causa grave que debe ser apreciada con criterio restrictivo puesto que rige una presunción a favor del reclamante de la visita que obliga al oponente a probar el perjuicio y el daño para el menor involucrado. Este criterio se dirige a evitar la situación de que, ante la sola existencia de imputaciones que pueden ser fabulaciones legalmente insostenibles, se proceda a suprimir o restringir el *Régimen de Visitas* en perjuicio del progenitor sin guarda sin el debido proceso de ley para proteger su derecho – deber y, sobre todo, el *derecho del interés superior del niño*.<sup>98</sup>

En el caso de la restricción al derecho de referencia, el sujeto afectado por la decisión judicial es el progenitor sin guarda o custodia del menor. La conducta de obstrucción tiene como sujeto de la acción al progenitor con guarda o custodia. Cuando la misma ocurre y es fundamentada ante el tribunal correspondiente, se establece una sanción penal que, en casos severos, puede incluir la suspensión de la guarda o custodia y su transferencia al otro progenitor. Siguiendo a Del Valle (2001)<sup>99</sup> por tanto “... *la obstrucción injustificada de la adecuada comunicación entre padres e hijos, debe ser especialmente tratada, pudiendo el órgano jurisdiccional imponer terapia obligatoria a todo el entorno familiar para superar esta situación. Ello, sin perjuicio de las sanciones que sea necesarias en caso de persistir una conducta dolosa en las partes*”.

---

<sup>96</sup> C. Fr. Longo, Eduardo. (2001). *Derecho de Familia*. Mexico: Porrúa. (Parte General)

<sup>97</sup> C. Fr. Ramos Pazos, Rene. (1999). “Derechos y Obligaciones Entre los padres e hijos de Familia”. En *Revista de Derecho*. Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Año XX. Pag. 23 – 37; Longo, Eduardo. (2001). *Derecho de Familia*. Mexico: Porrúa. (Parte General).

<sup>98</sup> C. Fr. Corral García, Eduardo. (2001). “El Interés del Menor y el Derecho de los padres a no verse separados de sus hijos”. En *Revista General de Derecho*. Num. 682-683, Julio-Agosto., LasarteAlvarez, Carlos, Pons de la Flor, María P., y Tejedor Muñoz, Lourdes. (2001). *Curso sobre la Protección Jurídica del Menor: Aspectos Teóricos y Prácticos*. Madrid; Colex.

<sup>99</sup> Del Valle Adera, Nivea. (2001). “Derecho de Comunicación entre Padres e hijos”. *Revista en Red Infancia y Sociedad*. Febrero 2001. Bs. As. (<http://www.infanciayjuventud.com/>).

Ahora bien, cualquiera fuere a determinación judicial al respecto, la misma deberá definitivamente estar sustentada en el “*interés superior del niño*”, por lo que la custodia del menor se transfiere al progenitor que “mejor garantice” la seguridad y protección, los derechos del menor y, en específico, su derecho al contacto con ambos de sus progenitores. Decisión judicial que modifica lógicamente el *Régimen de Visita y Comunicación* previamente establecido. No debe ignorarse que tales *decisiones judiciales*, a su vez, han sido causal precipitante de otras agudas controversias y conflictos personales, familiares, policiales y judiciales. Obviamente, cuando las mismas no son aceptadas y seguidas por el progenitor “perjudicado” al perder la guarda o custodia del menor, el tribunal puede y suele imponer medidas punitivas adicionales como son la imposición de sanciones económicas y/o hasta el apremio personal o encarcelamiento. De hecho, estas inclusive pueden ser aplicadas previamente cuando se “prueba judicialmente” que, en efecto, ha estado ocurriendo la “obstrucción” al *Derecho de Visita y Comunicación*.

Sanciones esas que son, ciertamente, desde la perspectiva del *interés superior del niño*, perjudiciales ya que, a su vez, niegan el *derecho del menor a la visita y comunicación* con el progenitor sin guarda o custodia. Así, lo adecuado al respecto debería ser la toma de decisiones judiciales que protejan el derecho de todos los involucrados, pero el del menor en forma prioritaria y preferente. De hecho, la penalización de la obstrucción de la *visita y comunicación* ha sido muy cuestionada porque no logra cumplir con su objetivo principal, dirigido a promover, facilitar y restablecer las relaciones familiares en crisis. Más aun, la situación del menor inclusive puede ser agravada cuando el progenitor sin guarda o custodia no posee las posibilidades o recursos pertinentes para hacerse cargo del menor ante la ausencia (en cumplimiento de la pena) del progenitor con guarda penalizado por su obstrucción a la *visita y comunicación*.

Para finalizar esta sección es necesario destacar que la sede judicial de la solución de los conflictos referidos a la *visita y comunicaciones* el Derecho de Familia y, allí, los ámbitos de protección de los derechos del menor y los distintos *Códigos de Protección al Menor*. Ahora bien, la administración de justicia en el ámbito familiar demanda la existencia y funcionamiento de órganos especializados y técnicamente



asesorados a fin de garantizar y consolidar la sana convivencia y comunicación familiar y, cuando fuere necesario, resolver con justicia y eficacia los conflictos familiares. Más aun, el funcionamiento efectivo de tales órganos jurisdiccionales supone la existencia de procesos especiales y diferentes de los implementados para la solución de conflictos puramente patrimoniales. En este sentido, el sistema judicial responsable de los asuntos de familia y el menor debe respetar las características de naturaleza e identidad que le son propios. Así, para lograr cristalizar una adecuada administración de la justicia en materia de “*asuntos de familia*”, es imprescindible la diferenciación estructural y funcional de una jurisdicción familiar y del menor, lo cual permite la celeridad de los procesos contenciosos. En consecuencia, los órganos de justicia familiar y de protección de los derechos del menor deben estar diferenciados de los demás órganos de la administración de justicia.

## CAPITULO IV.

### 4.1. MARCO JURÍDICO.

#### 4.1.1. Obstrucción Del Derecho De Visitas Y Comunicación: Legislación Comparada.

##### 4.1.1.2. Estrategia de Acercamiento.

Para el estudio y análisis de la figura jurídica de la *visita y comunicación* se utilizaron algunas legislaciones de países signatarios de los principales documento del *Derecho Internacional del Niño*, como lo son, además de **Bolivia, España, Argentina, Venezuela y Panamá**. Los objetivos perseguidos fueron, primero, identificar las características y los avances de esta figura en la legislación de algunos países, y, segundo, comparar la legislación nacional en torno a la *visita y comunicación* con respecto a esos avances y características. Se utilizaron, además dos criterios básicos: uno, relacionado al aumento de los divorcios y la agudización de los problemas de la *visita y comunicación*, otro relacionado a la protección de la visita y comunicación en virtud a la vigencia de normas del *Derecho del Niño/Niña/Adolescente*.

La legislación sobre el Derecho a Visitas y Comunicación de los países seleccionados puede ser adecuadamente comprendida en sus contenidos y orientaciones si se realiza una aproximación a los problemas que generan la separación y el divorcio en ello, razón por la cual se describen brevemente los mismos.

Esto es, el aumento del divorcio es una de las claves principales para entender la transformación de la familia ocurrida sobre todo en la última mitad del pasado siglo XX. La instauración del divorcio vincular como figura jurídica y practica de desmembración de la familia genera no solo modificaciones en la estructura matrimonial sino que prácticamente desvaloriza su importancia legal, religiosa y social. En ese mismo proceso, hace lo propio con el concepto y la realidad de la familia, provocando con ello una cascada relacionada de problemas sociales, culturales, valorativos y económicos convergentes. Primordialmente significativos incluyen el surgimiento de nuevas modalidades de "familia", la problemática estudiada aquí con respecto a la grave crisis intrafamiliar y de desmembramiento que

provoca, el tremendo impacto negativo sobre la progenie, la crianza monoparental y de “familia extendida”, y, entre otros muchos, la proliferación de problemas sociales y psicológicos como el rezado y la deserción académica, el uso de alcohol y drogas, la delincuencia juvenil y la criminalidad y el grave deterioro en la salud mental en general. Los datos estadísticos nacionales e internacionales atestiguan al respecto.

A continuación se presentan datos relacionados al divorcio dos de los países seleccionados: **Argentina** primero y **España**, luego, a fin de ofrecer dos contextos diametralmente distintos geográfica e históricamente.

La situación de Argentina es un caso paradigmático en la América Latina a partir de la aprobación de la Ley 23.515 de Matrimonio Civil y Familia, del 3 de junio de 1987, popularmente conocida como *Ley de Divorcio*, que tuvo el efecto de poner coto a los matrimonios *contra legem*, o no aceptados como legalmente válidos, celebrados en países como México o Paraguay, y a los proliferantes *matrimonios de hecho*, en ambos casos, mayoritariamente ya con hijos. Pese a los prejuicios iniciales, la sociedad asimiló la ruptura legal del matrimonio y la posibilidad de que sus integrantes pudiesen establecer nuevas relaciones sin que pesare sobre ellos la “condena social”. En las pasadas dos décadas, dicha ley impulsó un cambio valorativo crucial en la sociedad dejando de estigmatizar a la mujer divorciada y a los hijos de familias desmembradas. Esto, desde la perspectiva muy positiva. Pero la realidad de los datos estadísticos también revelan aspectos que requieren atención urgente social, económica y jurídicamente a fin de no propiciar o facilitar problemas mayores.

El caso argentino es muy interesante ya que los efectos que produjo la introducción del divorcio vincular produjo, en tan solo su primera década de vigencia, múltiples consecuencias. Así, antes de cumplir la ley su primer quinquenio, el porcentaje de “uniones de hecho”, aumento significativamente llegando, en 1991, al 10,4%. Entre los años de 1980 y 1991, la cantidad de personas unidas en matrimonio aumento 5.12%, un porcentaje muy inferior al crecimiento tradicional. Además, los solteros sumaron un 15.92% más, el número de habitantes viviendo en concubinato alcanzo un 79,19% en total de viudos creció un 19.22% y finalmente, el número de divorciados más los separados aumento un 109.24%, respecto del número de

separados existente en 1980. Las variaciones porcentuales según el estado civil de los habitantes, entre ambos censos, son muy interesantes y reveladoras.

Así, se observó un fuerte aumento del número total de personas separadas o divorciadas, que en apenas 11 años casi se duplicó en términos relativos, pasando del 2.12% al 3.80% de la población mayor de 14 años. También resalta el gran crecimiento de la cantidad de personas viviendo en concubinato, que pasó del 6.78% al 10.40%. Por otro lado, disminuyó un 14.94%. Medido por tasas (cantidad de matrimonios por cada 1.000 habitantes), las cifras muestran que en 1980 la tasa era de 6.0 matrimonios, mientras que para 1992 había bajado a 4.7 matrimonios. Además, es preciso destacar otro elemento de fundamental importancia: el 30% de los casamientos fue en segundas nupcias lo que significa que el número real de personas unidas en matrimonio legal era todavía mucho menor que el reflejado en las estadísticas mencionadas.

La precariedad del vínculo matrimonial se observa en la disminución de la tasa de natalidad y de la tasa global de fecundidad. Al respecto, la tasa de natalidad en 1980 fue de 25.0 y en 1990 de 21.00. Por su parte, la tasa global de fecundidad fue de 3.3 hijos por mujer en 1980 y se redujo a 2.9 hijos en 1990. A lo anterior se agregan los números de hijos nacidos entre 1986 y 1995, desglosados entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, que varió de 84.656 hijos en 1986 a 76.012 en 1995. De ellos, en 1986, fueron dentro del matrimonio 58.767 y extramatrimoniales. Estos datos revelan que, en Argentina, los efectos negativos del divorcio vincular se produjeron en forma abrupta, en tan solo 10 años, sin dejar espacio a un período de transición de una o varias generaciones, como sucede en otros países.

Para analizar y comprender la razón de este caso sin precedentes, es preciso aludir a la legislación comparada. En esta pueden diferenciarse claramente varios momentos puntuales: uno, cuando se incorporó el divorcio *ad vinculum*, pero con leyes que fueron bastante restrictivas en cuanto a los requisitos para admitir la ruptura del vínculo; otro, en la década de 1970, cuando se introducen como nuevas causales de ruptura conyugal el *mutuo acuerdo* y la *separación de hecho sin voluntad de unirse*. Esto es lo que se conoce como el paso del “*divorcio - sanción*” al

“*divorcio - remedio*”, y finalmente, a partir de 1987 y la Ley de Divorcio que proveyó una mayor permisividad legal.

Debe aclararse que en Argentina, el *divorcio permisivo* o “*presentación conjunta*” se ha transformado, en la práctica, en una causal de mutuo consentimiento, ya que el tiempo que se exige de *falta de cohabitación* para declarar la ruptura del vínculo matrimonial es muy exiguo. Al no haberse legislado un *divorcio restrictivo*, sino que directamente permisivo, no hubo un periodo adecuado de transición que permitiera hacer los “ajustes” sociales necesarios para evitar excesos que impactaran negativamente la institución familiar, como mucho detractores de dicha ley alegan. Lo que sí es indudable es que la *Ley de Divorcio de 1987* impacto todo el tejido social argentino y cambio radicalmente las maneras de ver y atender a la familia tradicional y moderna como su núcleo generador primordial.

En cuanto a instituciones de apoyo a los progenitores sin guarda o custodia y que confrontan problemas de obstrucción en el ejercicio de su Derecho de Visitas y Comunicación, Argentina posee la Asociación de Padres Alejados de sus hijos (APADESHI),<sup>100</sup> creada en 1988. La misma tiene como prioridad apoyar a sus miembros para enfrentar los problemas posteriores a la separación y divorcio de los progenitores y aquellos emergentes que afectan negativamente a sus hijos, particularmente menores. Entre sus logros destaca la elaboración del Proyecto que dio origen a la Ley 24.270 (1993), para sancionar el impedimento de contacto paterno – filiar y los vínculos parentales en la formación y educación de los hijos. Dicha ley, dicho sea de paso, fue presentada durante 1993, cuando se celebraba el Año Internacional de la Familia 1993, en la Corte de la Haya, como un logro de Argentina en la Protección Familiar. Esta asociación también elaboro y promovió el Proyecto de Ley de Registro de Obstructores del Vínculo con los hijos, obteniendo la sanción como Ley en las Provincias de Santa Cruz y Mendoza.

La situación en **España** es muy interesante ya que representa no solo al “viejo mundo”, sino que también a la muy joven Unión Europea. Cronológicamente, la realidad del divorcio y sus consecuencias en España pueden marcarse muy claramente desde la década de los 1980’s. Estas son, las cifras de separación y

---

<sup>100</sup><http://www.apadeshi.org.ar/>

divorcio se incrementaron desde 1981, pasando de 17.879 demandas de separación en el año 1982 a 73.567 en el año 2002. Según la información disponible, en dicho periodo de 1982 a 2002, se totalizaron más de millón y medio de demandas de separación, divorcio y nulidad. En términos poblacionales, sin considerar la duplicidad en el proceso de ruptura (separación y luego divorcio), ello implica sobre tres millones de personas implicadas. Al desagregar dicha cifra, implica que se iniciaron 890.375 procesos legales de separación y 592.111 procesos de divorcio, de los cuales – según los datos de 1996 – 2002, un 30% se habrían iniciado sin separación legal previa. Es decir, en conjunto, más de dos millones de personas acudieron a los tribunales en busca de la ruptura matrimonial. La siguiente información es más claramente ilustrativa:

*“Según datos de los Censos de Población de España, en 1981 la población cuyo estado civil era divorciado/a no alcanzaba el cuarto de millón (241.131 personas); diez años más tarde se acercaba al medio millón (455.875 personas) y a principios del tercer milenio la cifra superaba generosamente el millón de personas (1.161.090 personas). Estas cifras impresionan, a pesar de que en 2001 para el conjunto de la población mayor de 15 años estamos hablando del 2.85% de los hombres que viven en viviendas familiares y del 3.82% de las mujeres, porque en la práctica la población divorciada y separada se concentra en unos grupos de edad específicos, por razones históricas obvia relativas a los cambios generacionales en el comportamiento familiar. Por ejemplo, para las mujeres de 45 años, en 2001 el porcentaje de separadas y divorciadas alcanzaba el 8.4% (en 1991 era 3% y en 1981 1.4%). En el caso de los hombres de 45 años, estas cifras en 1981, 1991 y 2001 fueron respectivamente: 0.90%, 2.2% y 5.96%.<sup>101</sup>*

Más recientemente, durante el año 2005, se contabilizaron 72.848 disoluciones matrimoniales, un 42,91% más que el año anterior. Un aumento que contrasta con el descenso de las separaciones, que cayeron un 21.55% y las nulidades, que se redujeron un 14.72%. Casi la mitad de estos casos habían procreado hijos. En términos absolutos, se registraron 21.874 divorcios más que en

---

<sup>101</sup><http://tertulia.home.ml.org/>

los 12 meses anteriores (50.974), frente a 17.590 separaciones menos (de 81.618 en 2004 a 64.028 en 2005). Del total de divorcios destacan los formalizados entre parejas que llevaban casadas 20 años o más (19.520 o 26.80%) las que tenían entre seis y diez años de matrimonio (15.262 divorcios o el 20.95% del total); y los que llevaban cinco años o menos (14.705 o el 20.19%). Más aun, para el 8% de los ex cónyuges (5.986 personas) este no era su primer divorcio, mientras que para la gran mayoría si era su primer divorcio (85.90% de los hombre y 86.05% de las mujeres). Por otro lado, casi la mitad de las parejas que se divorciaron el 48.97% tenían hijos menores de edad: el 31.84% un hijo, el 15.09% dos hijos, el 2.04% tres o más hijos.<sup>102</sup>

Según el informe *Evolución de la Familia* en Europa 2008, del Instituto de Política Familiar<sup>103</sup>, que incluyó las cifras de población, natalidad, matrimonios, hogares y políticas familiares en los 27 Estados miembros de la Unión Europea, en España se produjeron en el 2006 – 2007 un total de 141.817 divorcios, lo que supone un incremento del 51% respecto al año anterior. De hecho, España fue el país de la Unión Europea donde más creció el número de divorcios y de abortos en los últimos diez años. “*Los datos son de tal envergadura que por cada cuatro matrimonios que se realizan en España se divorcian tres. Se produce un divorcio cada 3.7 minutos, es decir 16 cada hora y 386 divorcios al día*”, indica el informe del IPF. La situación, según se indica, se agudizó a partir de la aprobación, en junio de 2005, de la popularidad llamada “*Ley del Divorcio Express*”, que permite una disolución del matrimonio más directa y rápida, sin causas, y que por primera vez recoge la posibilidad de la guarda y custodia compartida de los hijos. Esta reforma del divorcio suprimió el requerimiento de separación previa, y redujo los plazos y las causas para solicitarlo.

Dicho informe también señala que en la UE se produce cada año un millón de divorcios, una cifra sentada después de que las rupturas matrimoniales crecieron un 55% entre 1980 y 2005. En España la cifra de divorcio subió un 183% entre 1995 y 2005, el mayor ritmo de aumento de toda la UE, por encima de Portugal (89%) e

---

<sup>102</sup><http://tertulia.home.ml.org/>

<sup>103</sup>Instituto de Política Familiar.(2008). *Evolución de la Familia en Europa 2008*. <http://www.ipfe.org/>

Italia (62%). En 2006, la cifra de divorcios en España rozo los 160.000, lo que le sitúa como segundo país de la Unión Europea con más rupturas tras Alemania (200.000). El informe también revela que el número de bodas en los 27 países de la UE menguó un 22.3% entre 1980 y 2005 y que cada vez nacen más niños fuera del matrimonio (el 33.1% del total de nacidos).

[http://www.ipfe.org/informe\\_Evolucion\\_Familia\\_Europa\\_2008\\_def\\_esp.pdf](http://www.ipfe.org/informe_Evolucion_Familia_Europa_2008_def_esp.pdf).

Los datos e información obtenidos con respecto a la situación en España indican que:

- El divorcio afecta principalmente a las madres que carecen de trabajo y tienen la guarda de los hijos. El incumplimiento en el pago de pensiones es uno de los aspectos más conflictivos luego del divorcio.
- Los menores de edad son las principales víctimas de las desavenencias profundas y duraderas de sus progenitores. Aproximadamente un millón de menores pertenecen a familias destruidas.
- La obstrucción del Derecho de Visitas constituye el principal problema confrontado por las familias desmembradas por la separación y el divorcio.

Los progenitores sin guarda, mayormente varones, afectados por la conducta de obstrucción, en busca de apoyo para mantener el vínculo paterno – filiar, se han organizado en asociaciones – como la Asociación de Padres de Familia Separados – para defender su *Derecho de Visitas y Comunicación*. Estos grupos apoyan la defensa de los progenitores acusados por falsas denuncias dirigidas a la suspensión del *Régimen de Visita*, y a la formulación de iniciativas para crear alternativas legales e institucionales tales como los puntos de encuentro, espacios de reunión de los progenitores sin guarda y sus hijos.

En la mayoría de los países de **América Latina**, se constatan cambios importantes en los procesos de formación de las familias, siendo las principales características las tasas de nupcialidad en descenso, el aumento en las uniones consensuales, el aumento en la edad al contraer el primer matrimonio, y el aumento en las tasas de divorcio. “*Este conjunto de cambios en los patrones de conyugalidad podría ser tomado como indicador del debilitamiento del lazo conyugal, o aun su*



*crisis. Sin embargo, si se lo mira desde la perspectiva de la calidad del vínculo de pareja, debe ser interpretado como una indicación de mayor libertad de elección, de la posibilidad de salir de relaciones conyugales insatisfactorias y de la introducción y expansión de nuevas formas de familia*<sup>104</sup>

El aumento de las tasas de separaciones y divorcios que se observan, permiten inferir que, consecuentemente, se han agudizado las controversias y los problemas polémicos, incluyendo, por supuesto, los relacionados a la guarda o custodia y a los vinculados con el *Derecho de Visitas y Comunicación*.

#### **4.1.1.3. La legislación Comparada. Objetivos y Categorías de Análisis.**

Avanzando en el proceso de exposición, es necesario resaltar que la legislación sobre la visita y comunicación de los países seleccionados presentan múltiples características y heterogeneidad de elementos. A los fines de la presente investigación, y a modo de marco delimitador, se han definido algunos objetivos y su correspondiente racional:

1. Identificar las características de la legislación sobre la *visita y comunicación*. Se abordan los rasgos doctrinales y normativos para determinar si las modalidades bajo las cuales está consagrado el *Derecho de Visitas* corresponden a los avances logrados en el Derecho Internacional del Niño o, por el contrario, si continúan sujetos a las doctrinas adultógenas que, priorizando a los progenitores, desconocen al menor como sujeto de derechos favorecido por el *Principio del Interés Superior del Menor*.
2. Identificar si la legislación correspondiente a cada país seleccionado consagra o no las normas de protección de los derechos del niño contra la obstrucción de la visita y comunicación. Este proceso se realizara constatando si legislación correspondiente hace referencia al problema de la obstrucción del régimen de vista y comunicación y si señala algunas medidas que garanticen el cumplimiento del mismo. Se busca establecer así, si la legislación hace referencia expresa a la obstrucción

---

<sup>104</sup><http://tertulia.home.ml.org/>

y si determina las medidas dirigidas a garantizar el cumplimiento de la visita y comunicación.

3. Identificar la situación de la legislación nacional con respecto a la legislación de los países seleccionados, principalmente en lo que se refiere a la obstrucción del Derecho de Visitas y Comunicación. Esta comparación permitirá definir la situación de la legislación nacional con respecto a la de otros países, a fin de determinar si las limitaciones de la normativa nacional es un caso excepcional o, más bien, es uno más de los muchos casos. En el primer sentido, las limitaciones que se han señalado previamente no constituirán nada especial; en el segundo sentido, esas limitaciones indicaran el retraso de la legislación nacional con respecto a la de otros países, lo que se puede interpretar no solo como un retraso normativo, sino también, doctrinal. Obviamente ello induciría a plantear la necesidad de la reforma correspondiente.

Las categorías de análisis seleccionadas son las que se detallan a continuación:

1. *Normativa - Con sus respectivos Artículos – referidas al Derecho de Visitas y Comunicación.* La extensión de la norma es importante en cuanto la misma es un indicador de la importancia que el legislador le concede al derecho que se describe y consagra en la norma. Una extensión amplia expresa el interés de una descripción detallada de la norma, lo cual significa una orientación moderna; por el contrario una norma muy expresa y reducida, puede ser la expresión de la escasa relevancia que la misma tiene para el legislador.
2. *Referencia expresa al Derecho de Visitas y Comunicación.* Esta categoría busca identificar la presencia o ausencia del mismo en la estructura normativa de los países seleccionados.
3. *Definición del Derecho de Visitas y Comunicación.* Es decir, si se la define como un derecho al interior de las relaciones de familia, como un derecho del menor, o de ambas formas. Esta categoría expresa el nivel de adecuación de la legislación referida a la visita y comunicación a los

avances de la Doctrina y el Derecho Internacional del Niño. Se ha constatado que esa legislación no siempre esta adecuada a ese desarrollo y continua sujeta a la concepción según la cual los niños, niñas y adolescentes o tienen derechos propios.

4. *Titulares del Derecho de Visitas y Comunicación.* Busca identificar quienes, además del padre o madre que no tiene la guarda de los hijos, pueden demandar *visita y comunicación* con los hijos de parejas separadas o divorciadas.
5. *Referencia expresa a la Obstrucción.* Busca establecer si la legislación de los países seleccionados hace referencia o no a la obstrucción de forma expresa e inequívoca o si la misma no figura en la norma y, por ello, es un problema que debe ser resuelto por la autoridad judicial en el marco de sus criterios.
6. *Enfoque de la Conducta de Obstrucción.* También es importante identificar cual es el enfoque que se aplica a la obstrucción. Como se ha constatado en el análisis comparado no se aplica un solo enfoque (civil o de familia) también se aplica un enfoque penal. Por ello es importante destacar esta categoría y evaluar cuál es el enfoque más conveniente para la elaboración de normas referidas a la protección del derecho de visita y comunicación frente a la conducta obstruccionista.

Considerando estos objetivos y categorías se ha elaborado el Cuadro 3. Legislación Comparada: el Derecho de Visita y Comunicación (DVC), que se presenta a continuación.

## Cuadro 2. Legislación Comparada: el Derecho de Visita y Comunicación (DVC)

Derecho de Visita y Comunicación (DVC): Categorías de Análisis						
PAÍSES	Referencias al DVC.	Artículos y Normas sobre el DVC.	Definición del DVC	Personas que pueden reclamar el DVC	Referencia a obstrucción al DVC	Enfoque de obstrucción al DVC
<b>Argentina</b>	Código Civil; Ley Penal No 24270; Ley Especial sobre la Obstrucción	Dos leyes y dos o más artículos normativos.	Derecho subjetivo. El titular es el padre o madre sin Derecho de Guarda.	Padre/madre sin Derecho de Guarda y los abuelos.	Normativa hace referencia directa a la penalización por la obstrucción al DVC.	Penaliza la obstrucción, además del tratamiento en el área de familia y civil.
<b>España</b>	Código Civil, Código Penal, Ley especial sobre el DV de los Abuelos.	Dos leyes y dos o más artículos normativos	Derecho subjetivo. El titular es el padre o madre sin Derecho de Guarda.	Padre/madre sin Derecho de guarda y los abuelos.	Normativa hace referencia directa a la penalización por la obstrucción al DVC.	Penaliza la obstrucción, además del tratamiento en el área de familia y civil.
<b>Venezuela</b>	Ley Orgánica para la protección del Niño y del Adolescente.	Dos leyes y dos o más artículos normativos	Derecho del niño.	Padre/madre sin Derecho de Guarda y los abuelos.	Normativa hace referencia directa a la penalización por la obstrucción al DVC.	Penaliza la obstrucción, además del tratamiento en el área de familia y civil. Además penaliza las falsas denuncias de obstrucción.
<b>Panamá</b>	Código de Familia, código penal.	Dos leyes y dos o más artículos normativos.	Derecho subjetivo. El titular es el padre o madre sin Derecho de Guarda.	Padre/madre sin Derecho de Guarda y los abuelos.	Normativa hace referencia directa a la penalización por la obstrucción al DVC.	Penaliza la obstrucción, además del tratamiento en el área de familia y civil.
<b>Bolivia</b>	Código de Familia	Dos Artículos.	Derecho subjetivo. El titular es el padre o madre sin Derecho de Guarda.	Padre/madre sin Derecho de Guarda.	Normativa no hace referencia expresa a la obstrucción.	No penaliza la obstrucción, solo la considera en el área del Derecho de Familia.

FUENTE: Voshlavia Málori Morón Monje.

### 4.1.2. Panorama General.

El análisis comparado se inicia a partir de aquí con un panorama general, y continua con referencia más específicas sobre las categorías seleccionadas.

Una primera aproximación a la legislación del Derecho de Visitas y Comunicación permite constatar un importante nivel de desarrollo y diversidad general. Situación

que también se observa en el material jurisprudencial o las decisiones judiciales sobre litigios en torno a conflictos sobre visita y comunicación, como es el caso de **Venezuela**. (Cuadro 2)

En los países seleccionados se ha elaborado una legislación muy importante en lo que se refiere a la consagración de la *visita y comunicación*, y su correspondiente protección frente a la conducta de obstrucción. En los mismos se hace evidente el cumplimiento de los compromisos que los Estados de estos países han contraído al suscribir los documentos más importantes del Derecho del Menor. Como se observa en el Cuadro 2, todas las legislaciones de los países seleccionados hacen referencia expresa a la visita y comunicación, lo cual significa que esta figura es parte de la estructura normativa nacional de esos Estados. Sin embargo, la incorporación de la visita y comunicación en la base normativa presenta variantes en lo que se refiere a la pieza legal (Código y Ley) donde está incluida.

Se constata así que, en algunos países, este derecho está incorporado en el *Código Civil* o conjunto de normas que regulan las relaciones civiles, lo que se puede interpretar que el matrimonio y las relaciones de parentesco están asimilados en ese tipo de relaciones. Los casos de **Panamá y Bolivia** muestran que la *visita y comunicación* ha sido incorporada en la legislación que regula las relaciones al interior de la familia bajo un específico *Código de Familia*. Si bien este hecho puede ser interpretado como un avance de la *visita y comunicación*, y que la ubicación de este derecho en el Código Civil corresponde a un estadio atrasado de la evolución de la legislación, más adelante se verá que no siempre es así.

En el cuadro 2 también se comprueba que todos los países seleccionados dedican a la *visita y comunicación* una protección amplia, lo que se hace evidente en la consagración de esta figura en más de una pieza legal y por más de un Artículo. Situación que contrasta con el caso de **Bolivia**, que ha incorporado la visita y comunicación únicamente en el Código de Familia (con solo dos Artículos), lo que puede interpretarse como un bajo nivel de atención a este elemento fundamental de la estructura de los Derechos del Niño.

El cuadro 2 permite observar dos formas de definición del *Derecho de Visitas y Comunicación* y del reconocimiento del titular del mismo. En el caso de **España**, la

visita y comunicación es una facultad que puede ser reclamada no solamente por el progenitor que no tiene la guarda de los hijos, sino también, por los abuelos. Ello implica que la *visita y comunicación* tiene una variedad amplia de titulares y, en consecuencia, está definido como un *derecho subjetivo* de los adultos y no del niño.

En este marco, la legislación de **Bolivia**, presenta también limitaciones en cuanto define a la *visita y comunicación* como un *derecho subjetivo* cuyo titular es solamente el progenitor que no tiene la guarda de los hijos, quedando excluidos otros parientes allegados como los abuelos, lo que puede ser interpretado como una limitación del propio derecho subjetivo de la *visita y comunicación*.

En el cuadro 2 se observa además los distintos tratamientos legislativos que se han prestado a la *visita y comunicación*, en lo que se refiere a la obstrucción de este derecho – deber. En general, todos los países seleccionados hacen referencia expresa e inequívoca a la conducta de obstrucción, con excepción de la legislación de **Bolivia** que no menciona la misma. El procesamiento y la solución de los conflictos que genera la obstrucción de la *visita y comunicación* tienen diferentes sedes, según la legislación revisada.

En este aspecto, se destaca el tratamiento general en sede civil y de familia, ya que todas las legislaciones establecen las mismas como la jurisdicción pertinente para determinar alternativas de solución a los problemas que emergen con la *obstrucción de la visita y comunicación*. Sin embargo, rompe la regla el caso de Argentina, donde la obstrucción recibe un tratamiento en sede penal, en virtud de que la legislación establece la aplicación de penas a la persona que obstruye la visita y comunicación, mediante la Ley 24270 (1993)

Destaca además en el Cuadro 2 el caso de la legislación de **Bolivia** por su falta de referencia a la *obstrucción de la visita y comunicación*. Esta legislación no prevé esta conducta y, por lo tanto, no establece ningún tipo de prescripción escrita a fin de garantizar el cumplimiento de este derecho – deber. Vacío o laguna legal que hace de los criterios del juez de familia las únicas pautas para la solución de los problemas de la *obstrucción de la visita y comunicación*.

Hasta aquí se ha descrito de modo general algunas de las características que presentan las categorías seleccionadas para el análisis comparado. En el siguiente punto se realiza un análisis más detallado sobre las mismas.

#### **4.1.3. La Legislación de España.**

**España** posee una amplia normativa de protección del *Derecho de Visitas de Comunicación*, vinculada al derecho subjetivo del progenitor sin guarda, e incluso de los abuelos y otros parientes, reconociendo a la vez al menor como *sujeto de derechos*.

*La Constitución de España de 1978* reconoce, por primera vez *al menor como persona, sujeto de deberes y derechos*. Con ello consigue abrir nuevas vías de acceso a las necesidades de los menores, no solo porque toda la legislación posterior se ha contemplado desde esa óptica, sino también porque ha propiciado, desde su filosofía, la creación de múltiples instituciones de defensa de los menores, la firma de pactos internacionales.

La norma fundamental española de forma específica regula y protege todos los derechos que amparan a los ciudadanos, entre los que se incluyen los menores como su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad, su derecho a la defensa y a la asistencia de un letrado y, entre otros, su derecho a la asistencia sanitaria. El artículo 39 determina la forma de protección de la familia y, dentro de ella, el derecho de los hijos a ser atendidos por los padres. Dice además expresamente que los menores gozaran de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, esa consagración expresa condiciona toda la legislación ordinaria que tiene relevancia con el menor.

En **España**, la visita y comunicación está consagrada en el Código Civil, ya que no posee un estatuto específico de familia. El artículo 160 del Código Civil, señala que “... *el padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho a relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto por resolución judicial. No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes allegados.*” De esta forma, la norma española protege la visita y comunicación como un derecho de

los progenitores, los abuelos y otros parientes a relacionarse con los hijos. Esta es una primera característica de la norma de España.

Otra característica de la ley española sobre este derecho en su *amplitud*. En efecto, ese mismo artículo sostiene que, en caso de oposición, el juez, a petición del menor, abuelos, parientes o allegados, resolverá los asuntos que sean sometidos a su consideración. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos,, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores.

La normativa española consagra la penalización de la obstrucción considerando a esta como una vulneración de las obligaciones familiares reconocidas en el artículo 618,2 del Código Penal. El mismo señala que “*el que incumpliere obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, que no constituya delito, será castigado con la pena de multa de 10 días a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días*”.

Esa norma fue aplicada ya para 2004, cuando el Juzgado de Instrucción Núm. 5 condeno a través de Sentencia a una madre por impedir que el padre pudiera ver a su hijo. Contra esta sentencia se interpuso Recurso que fue desestimada consolidando la decisión como *Jurisprudencia vinculante* para los Juzgados la consideración de la *obstrucción del Régimen de Visitas* en tanto vulneración de las *Obligaciones Familiares*. Dicha Sentencia ha sido considerada como muy importante, ya que garantiza que los padres que no tienen la guarda de los hijos puedan seguir viéndolos y establecer una comunicación adecuada con ellos, después de la separación. Hasta entonces, los jueces se limitaban a garantizar el cobro de las pensiones de alimentos pero no se habían hecho eco de la devastadora experiencia de muchos padres para mantener el contacto con sus hijos.

La norma española presenta una característica muy singular, que se refiere al reconocimiento del *Derecho de Visitas y Comunicación* a los abuelos y otros parientes allegados. Al respecto, es necesario hacer referencia a varias normas de



su Código Civil Español y a la Ley de Modificación del Código Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos. El artículo 103 del código Civil prevé la decisión jurisdiccional, cuando falte el acuerdo entre los ex cónyuges, de encomendar a los abuelos la tutela de los nietos, de forma excepcional, pero antepuesta a la posibilidad de otorgar ese cuidado a otros parientes u otras personas o instituciones. El artículo 160, cuya aplicación no solo se circunscribe al caso de las rupturas matrimoniales, pretende articular una salvaguarda frente a otras situaciones como el mero desinterés de los progenitores o la ausencia de uno de ellos que en tales circunstancias perjudicasen las relaciones de los nietos con sus abuelos.

También, en el artículo 161 del *Código Civil* se hace explícito y singular el *Régimen de Visitas* y relaciones de los abuelos con los nietos sometidos a acogimiento. *La Ley de Enjuiciamiento Civil* en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, hace efectiva los derechos reconocidos en el artículo 160 del *Código Civil* y se sustancia por los trámites y los recursos del juicio verbal, con las peculiaridades dispuestas en el capítulo I, título I, libro IV de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*.

#### **4.1.4. La Legislación de Argentina.**

Como ya se ha destacado, en **Argentina** se han expresado con gran contundencia los conflictos en torno a la *obstrucción de la visita y comunicación*. Contundencia que ha sido atendida por los legisladores, quienes han elaborado normas complementarias a las tradicionales normas referidas a la visita y comunicación. Allí, el *Derecho de Visitas y Comunicación* se encuentra regulado por el *Código Civil* y por la *Ley Penal 24.270*. A continuación se analizan los diferentes supuestos que están en la base de estas normas.

La Ley 24.270 instituyó – como una acción dependiente de instancia privada – el delito penal de impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes, a tenor de la incorporación del inc. 3 al art. 72 del Código Penal. “*El art. 1 de la ley...reprime con prisión de un mes a un año al “padre o tercero que, ilegalmente, impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes”, pena que se elevara de seis meses a tres años si se tratase “de un menor de diez años o de un discapacitado”*”.

El art. 2 de la ley 24.270 dispone *“que se incurrirá en las mismas penas si para impedirse el contacto del niño con el padre no conviviente “lo mudare de domicilio sin autorización judicial”. A su turno, la norma prescribe que en los casos en que – la finalidad de obstruir la comunicación con dicho progenitor – se concretara la mudanza al extranjero sin autorización judicial o excediendo sus límites, “las penas de prisión se elevaran al doble del mínimo y a la mitad del máximo”*

Finalmente de acuerdo con el art. 3 del ordenamiento que comentamos, se estatuye *“que en un plazo no mayor de diez días el juez dispondrá los medios necesarios “para restablecer el contacto” del hijo con sus padres, a cuyo efecto determinara – de ser procedente – “un régimen de visitas provisorio por un término no superior a tres meses o, de existir, hará cumplir lo establecido”. El último párrafo asimismo, compromete al tribunales a “remitir los antecedentes a la justicia civil”*”

De una manera más genérica, la doctrina admite que para hacer efectivas las visitas también es posible que el juez civil despache la intimación pertinente bajo apercibimiento de que el incumplimiento sea considerado como una desobediencia judicial en los términos del art. 239 del Código Penal. Esta norma reprime con prisión de quince días a un año el que *“resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones”*

El art. 264 inc. 2 de la ley No.23264 reforma, sostiene que en caso de separación de hecho, *separación personal decretada en juicio, divorcio vincular o nulidad de matrimonio, el ejercicio de la Patria Potestad* corresponde al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación.

El art. 236 párrafo I del *Código Civil*, posibilita la presentación de acuerdos o convenios sobre *Régimen de Visitas* a los hijos en los supuestos de separación personal y de divorcio vincular por causa reservada, previstos en las normas de los Artículos 203 y 215 del mismo Código. El artículo 376 bis del *Código Civil*, regula el *Régimen de Visitas* entre los parientes que cuentan con derecho alimentario recíproco, refiriéndose a los consanguíneos en línea recta, hermanos y medios hermanos, afines en primer grado.

La legislación civil también consagra la *visita y comunicación* a favor de los abuelos. Así, en el Artículo 160 del *Código Civil* se prevé que, en los casos de separación, nulidad o divorcio, el *convenio regulador* entre los cónyuges o, a falta de acuerdo entre ambos, las medidas adoptadas por el juez, podrán contemplar expresamente el Derecho de Visitas y Comunicación de los abuelos a los nietos. En el marco de esta norma, el juez tiene la facultad de establecer la conveniencia del *Régimen de Visitas* previa audiencia de los interesados y siempre en interés del menor.

Así, la inclusión de la medida del *Régimen de Visitas y Comunicación* entre abuelos y nietos en el convenio regulador de la *sentencia de separación, nulidad o divorcio*, se establece solo en el caso de que el juez lo considere necesario y siempre con el consentimiento de los afectados. Además, prevé que en ningún caso se adoptara la medida si no es con el consentimiento de los abuelos. De este modo, el Artículo 160 del *Código Civil* establece que se adoptaran las medidas necesarias para que el régimen de visitas de los abuelos con los nietos no dé pie a que se “atente contra los derechos de los hijos.”

La Ley 24.270 (1993) en Argentina está dirigida a la penalización del incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, impulsada por la Asociación de Padres Alejados de sus hijos (APADESHI). Según algunas opiniones adversas a la penalización de la obstrucción, la misa constituye una intromisión del poder punitivo del Estado en las relaciones intrafamiliares ya que, en lugar de solucionar el conflicto, lo profundiza. No obstante, el delito penalizado por dicha ley requiere que el autor del impedimento del contacto entre el padre o custodio y el hijo, obre de manera arbitraria, abusiva y sin razón justificada. Si bien la norma, objetivamente, parece proteger los derechos de mantener el contacto de los padres no convivientes con sus hijos, el fin último es el de afianzar una adecuada comunicación filia para lograr la cohesión efectiva y eficaz de los vínculos familiares y lograr el desarrollo de una estructura emocional sólida y equilibrada del menor.

El proyecto de *Ley para el Registro de Obstructores del Vínculo con los Hijos* presentado desde 2006, es otro de los mecanismos ideado para persuadir a los y las *obstructores de la visita y comunicación*. Ya fue aprobado en las Provincias de Santa

Cruz y Mendoza. El proyecto tiene 9 artículos y considera *obstructores de vínculo* a aquellas personas – padres o tutores – que impiden la relación de visita y comunicación de los hijos con los padres no convivientes y/o con los abuelos. El mismo exige una orden judicial de cumplimiento con el *Régimen de Visitas a favor del padre o madre y/o abuelos* y en contra del progenitor que, a requerimiento judicial, sostenga una conducta obstructiva. Requiere:

- Inscribir, dentro de las veinticuatro horas de recibido el oficio judicial que así lo ordene, a los obstructores de vínculo declarados tales por la justicia provincial.
- Proceder a la inscripción cuando por rogatoria llegare la misma solicitud de cualquier otra provincia o ciudad autónoma de Buenos Aires.
- Anotar marginalmente en inscripción anterior el oficio judicial por el cual se ordena el levantamiento de la anotación, dentro de las veinticuatro horas de recibido el mismo.
- Responder los pedidos de informes según la base de datos registrados dentro del plazo de cinco (5) días de recibida la solicitud.
- Extender, en forma gratuita, certificados donde conste la inclusión o no en el Registro de Obstructores de Vínculo, ante el requerimiento de cualquier persona física o jurídica de carácter público o privado.
- Publicar en una página Web habilitada a tal fin el listado completo y actualizado de los Obstructores de vínculo con los hijos, con los datos personales necesarios para su correcta individualización.
- Publicar el listado, completo y actualizado, de los obstructores de vínculo con los hijos en el Boletín Oficial al menos una vez cada 6 meses.

En el artículo 4, el proyecto establece que todo obligado al cumplimiento de un Régimen de Visitas que conste en sentencia firme o convenio debidamente homologado que incumpliera con el mismo, una vez emplazado, deberá ser inscrito por orden judicial y a solicitud de parte, mediante oficio al Registro de Obstructores del Vínculo con los Hijos. De acuerdo al proyecto, dichas personas inscritas en el Registro no podrán.

- Postularse ni desempeñarse en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, ya sea por designación directa por cualquier otro medio legal, extendiendo su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleador del Estado.
- Postularse para ejercer cargos electivos en el orden provincial o municipal.
- Ser contratista, proveedor o acreedor del Estado provincial o municipal.
- Obtener habilitaciones, concesiones, licencias, permisos, ni celebrar contrato alguno con el Estado provincial o municipal.
- Abrir cuentas corrientes, cajas de ahorro, tarjetas de crédito u obtener préstamos o créditos en el Banco de la Provincia de Buenos Aires.
- Solicitar la inscripción ante la Dirección Provincial de Personas Jurídicas de sociedades civiles y/o comerciales.
- Realizar otros trámites que por vía reglamentaria se agreguen a este listado.

Como se puede constatar, la legislación de **Argentina** para la protección y preservación del *Derecho de Visita y Comunicación* es bastante amplia en tanto consagra la protección constitucional de los *derechos del niño* de forma expresa, incorpora varias normas sobre esta materia en su *Código Civil* y establece Ley 24.270 para la penalización del incumplimiento de la obstrucción de la visita y comunicación.

#### **4.1.5. La legislación de Venezuela.**

La legislación de la **República Bolivariana de Venezuela** se caracteriza por disponer de una *Ley Orgánica para la Protección del Niño del Adolescente*, de 17 de septiembre de 2000, que consagra el *Derecho de Visitas y Comunicación* a favor de niños y adolescentes. Se destaca en dicha norma los siguientes elementos.

La visita como derecho de niños y adolescentes. *La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, en su Artículo 27, consagra para los menores él:

*“Derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con los padres. Todos los niños y adolescentes tienen derecho a mantener, de forma regular y permanente, relaciones personales y contacto directo con ambos padres, aun cuando exista separación entre estos, salvo que ello sea contrario a su interés superior”*

Más aun, su Artículo 387 indica que:

*“...el régimen de visitas debe ser convenido de mutuo acuerdo entre los padres, oyendo al hijo.”... De no lograrse dicho acuerdo, o si el mismo fuese incumplido reiteradamente afectándose los intereses del niño o adolescente, el juez, en atención a los intereses del menor, y actuando sumariamente, previos los informes técnicos que considere convenientes y oída la opinión de quien ejerza la guarda del niño o adolescente, dispondrá el Régimen de Visitas que considere más adecuado. Dicho régimen puede ser revisado, a solicitud de parte, cada vez que el bienestar y seguridad del niño o adolescente lo justifique, para lo cual se seguirá el procedimiento aquí previsto”*

Dicha normativa posee además dos artículos expresamente dirigidos a la regulación y protección legal del Derecho de Visitas y Comunicación en tanto derecho del menor. El Artículo 385 (Derecho de Visitas) establece que el padre o la madre que no ejerzan la Patria Potestad, o que, ejerciéndola, no tenga la guarda del hijo, tiene derecho a visitarlo, y el niño o adolescente tiene derecho a ser visitado. Prescripción que es reforzada por el Artículo 386 (Contenido de las Visitas) cuando indica que las visitas no se refieren solo al acceso a la residencia del menor, sino también a la posibilidad de que se lleve a efecto en un lugar diferentes, cuando hubiere autorización previa. Asimismo, comprende cualquier otra forma de contacto entre el menor y la persona a quien se le acuerde la visita, tales como: comunicación telefónica, telegráfica, epistolar y computarizada.

#### **4.1.6. La legislación de Panamá.**

La legislación de **Panamá** también se distingue por un amplio tratamiento del *Derecho de Visitas y Comunicación*, consagrando los derechos del menor en la *Constitución Publica*, estableciendo su tratamiento especial en el *Código de Familia*, y garantizando el cumplimiento del *Régimen de Visitas* mediante su penalización. *El Código de Familia* panameño de 17 de mayo de 1994, consagra el Capítulo III a la Guarda y Crianza y del *Régimen de Comunicación y de Visita*. Sus artículos más relevantes son:

*Artículo 326. Cuando los padres no vivieren juntos, se estará al acuerdo de estos respecto a la guarda y crianza y al régimen de comunicación y de visita siempre y cuando no afecte el interés superior del menor.*

Artículo 327. *De no mediar acuerdo de los padres, o de ser el mismo atentatorio a los intereses materiales o morales de los hijos o hijas, la cuestión se decidirá por la autoridad competente, que se guiará, para resolver, por lo que resulte más beneficioso para los menores.*

Artículos 329. *La autoridad competente dispondrá lo conveniente para que aquel de los padres separados que no tenga la guarda y crianza de los hijos o hijas menores, conserve el derecho de comunicación y de visita con ellos, regulándose el mismo en el tiempo, modo y lugar que el caso requiera y siempre en beneficio de los intereses de los menores. El incumplimiento de lo que se disponga a ese respecto, podrá ser causa para que se modifique lo resuelto en cuanto a la guarda, sin perjuicio de la responsabilidad penal que se origine por tal conducta.*

Artículo 330. *Excepcionalmente, en beneficio del interés del menor, podrán tomarse disposiciones especiales que limiten la comunicación y la visita de uno o de ambos padres, de los ascendientes u otros parientes del menor e incluso que la prohíban por cierto tiempo o indefinidamente.*

En la legislación sobre la *visita y comunicación* de Panamá, esta figura que tradicionalmente corresponde al ámbito del *derecho privado*, ya sea el área de familia o el área civil, recibe un tratamiento en el ámbito del *derecho público*, concretamente en el *Derecho Penal*, en lo que se refiere a la obstrucción del cumplimiento del *Régimen de Visita y Comunicación* definido por la autoridad judicial. Esto es (Art. 329), la obstrucción o incumplimiento al respecto, no solo puede implicar modificaciones en la guarda o custodia, sino, inclusive, que la conducta obstruccionista puede ser sujeto de penalización.

#### **4.1.7. La legislación de Bolivia.**

La normativa de **Bolivia** sobre la visita y comunicación no ha sido objeto de análisis y tratamiento doctrinal y mucho menos de reforma legislativa desde que dicha figura fue incorporada en el Código Civil, por primera vez, en 1976. Ello ni siquiera ocurrió durante el periodo de suscripción a la Convención de los Derechos del Niño, para 1991. Una de las principales razones para tal situación y estancamiento de la figura de visita y comunicación es la ausencia de adecuación de la Doctrina de la

Protección Integral del Menor. Sin embargo, dicha figura, al estar consagrada en el Código de Familia, presenta también otras limitaciones, deficiencias y omisiones que se estacan a continuación en el marco operativo de las legislaciones analizadas previamente.

Como ya se ha establecido, la *visita y comunicación* es un derecho fundamental del menor reconocido como resultado de los avances de la doctrina nacional e internacional en torno al reconocimiento del menor *como sujeto de derechos y favorecido por el Principio del Interés Superior del Menor*. A continuación se plantea y analiza la normativa nacional boliviana con respecto al derecho de visita y la comunicación en la familia.

En Bolivia, la normativa sobre el *Derecho de Visitas y Comunicación* se encuentra configurada de forma directa y expresa por el *Código de Familia*, y de manera indirecta por la *Constitución Política del Estado*, el *Código Niño, Niña y Adolescente* y la *Ley Contra la Violencia en la Familia o Doméstica*. Este conjunto de normas constituye el marco general normativo en cuyo contexto deben analizarse sus alcances y limitaciones. También debe incluirse a la normativa del *Derecho del Niño* a *Convención Internacional de los Derechos del Menor* y otros documentos suscritos por el Estado boliviano. Esto es, el análisis y tratamiento del derecho de referencia debe darse considerando no solo la normativa nacional o interna, sino también, las prescripciones internacionales, aunque no estén expresamente incorporadas en la *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*.

Conviene señalar que el Código del Niño, Niña y Adolescente o Ley 2026, establece y reconoce, en cuanto a las garantías y derechos de dicho sector poblacional, lo siguiente:

- *Art. 5, relativo a las garantías: establece que los niños, niñas o adolescentes, como sujetos de derecho, gozan de todos los derechos fundamentales y garantías constitucionales inherentes a toda persona, sin perjuicio de la protección integral que instituye ese Código. Además, es obligación del Estado asegurarles por Ley o por otros medios, todas las oportunidades y facilidades para garantizar su desarrollo integral en condiciones de igualdad y equidad.*



- *Art. 100, en cuanto a los derechos: señala que el niño, niña o adolescente tiene derecho a la libertad, al respeto y a la dignidad como persona en desarrollo. Asimismo, como sujeto de derecho, están reconocidos sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales garantizados por la Constitución, las Leyes, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, y otros instrumentos internacionales ratificados por el Estado Plurinacional.*
- *Art. 101.1, referido al derecho a la libertad: determina que incluye el libre tránsito y permanencia en territorio nacional, salvo restricciones legales.*
- *Art. 102, referido a la libertad de locomoción: establece que ningún niño, niña o adolescente será internado, detenido, ni citado de comparecencia sin que la medida sea dispuesta por el Juez de la Niñez y Adolescencia...*
- *Art. 103, sobre el derecho de los menores a que se escuche su opinión o deseos: “El niño, niña o adolescente que esté en condiciones de emitir un juicio propio, tiene derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, por los medios que elija y a que se tome en cuenta sus opiniones”.*

Conforme al Art. 389 del Código de Familia, interpuesta la demanda, el juez determinara la situación de los hijos teniendo en cuenta los aspectos señalados en la norma constitucional, problemática que también deberá ser resuelta en sentencia de acuerdo a los Arts. 145 y 398 del Código de Familia.

Las decisiones que se adopten respecto son revisables conforme el Art. 148 del CF: *“El Juez puede dictar en cualquier tiempo, a petición de parte, las providencias modificatorias que requiera el interés de los hijos.”* Esta disposición se explica de acuerdo al precepto constitucional, ya que si la situación de los hijos se define teniendo en cuenta el mejor cuidado e interés moral y material, las resoluciones que se adopten son susceptibles de ser modificadas, por razón de la *mejor protección de ese interés*, modificaciones que pueden hacerse en cualquier tiempo, dependiendo de las circunstancias nuevas que se presenten.

Estas modificaciones, en términos procesales, serán presentadas mediante planteamiento ante el juez de la causa, quien deberá resolverlo previa toma e opinión

de los menores involucrados. A su vez, la decisión que adopte dicha autoridad judicial, podrá ser impugnada ante el tribunal competente, que también tiene el deber de escuchar el criterio de los menores ante la posibilidad de que la decisión del tribunal *ad quem* revoque la del juez *a quo*. Esto supone que el juez de la causa, antes de resolver el asunto, y el tribunal de alzada, antes de resolver la apelación, deben reconocer a los menores – cuya guarda se discute – el derecho que tiene para expresar su opinión respecto a la problemática.

Conforme a los Arts. 148 y 251 del *Código de Familia*, los desacuerdos entre los progenitores sobre la guarda y custodia de los menores, la modalidad de derechos de visitas, la asistencia familiar, el cambio de residencia, y otros que constituyan peticiones accesorias a la pretensión principal que es el divorcio, se resuelven por el Juez del divorcio en cualquier tiempo, a petición de parte, en interés de los menores. Conforme a la última parte del *Art. 174 del Código de Familia*, estos constituyen derechos fundamentales de los menores en la norma referida y según lo previsto en la Ley 1152 o *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*.

La Constitución Política del Estado Plurinacional de **Bolivia** consagra actualmente la protección de la familia y de sus miembros, en general, y del niño, en tanto *sujeto de derecho*, en particular. No obstante, debe reconocerse que la *Constitución y Reforma Constitucional* realizadas en 1938 ya consagraba la norma de *protección a la familia y del menor*. Ello, aunque en esencia y sustancia, la protección de la familia y del menor estaba desplazada hacia la legislación ordinaria, es decir, hacia el *Código Civil*, inicialmente, y posteriormente, al *Código de Familia*, con lo que la familia y el menor fueron entidades sin ningún estatus constitucional. Más adelante se estableció la protección del menor en el marco general de la familia, pero sin reconocerlo como *titular de derechos propios*. No es en realidad hasta que el Estado boliviano se convierte en signatario de la Convención Sobre los Derechos del Niño el 26 de junio de 1990, y establece el *Código del Niño, Niña y Adolescente* (Ley 2026 de 1999), seguida de la creación de las *Defensorías de la Niñez y Adolescencia* (27 de mayo de 1996<sup>105</sup>) en los Municipios y las *Comisiones Municipales y Comisiones*

---

<sup>105</sup> El 27 de mayo de 1996, se crea la Defensoría Municipal de la Niñez, en base al Proyecto del Código Niño, Niña y Adolescente, acatando la Ley 1551, Ley de Participación Popular, la misma que posteriormente es ampliada y modificada en lo referente a la temática infanto adolescente por la Ley No. 1702 y el D.S. No. 24447 que reglamenta su ejecución.

*Departamentales de la Niñez y Adolescencia*, cuando verdaderamente puede señalarse que el menor fue reconocido como *sujeto de derecho* y protegido cabalmente por el Estado Plurinacional de Bolivia.

Importa destacar en este punto, lo referente al traslado o viajes al extranjero de menores en virtud de que constituye una de las frecuentes modalidades de disputas en los tribunales del país. Al respecto, los párrafos uno y tres, respectivamente, del Art. 9 y 9.3 de la *Convención Sobre los Derechos del Niño* establecen que:

*“Los Estados Partes velaran por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial,, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”.*

*“Los Estados Partes respetaran el derecho del niño que este 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”.*

Este Art. 9 es aplicable en los casos en que exista *desvinculación conyugal o divorcio* donde se hubiere otorgado y definido la guarda y residencia de los hijos. Así, la autoridad judicial competente para otorgar la autorización de viaje y consiguiente separación temporal de padres e hijos, es la autoridad judicial de materia familiar que se pronunció respecto a lo principal de litigio, norma constitucional que se aplica con preferencia a las leyes.

El párrafo dos del Art. 10 de la *Convención Sobre los Derechos del Niño* establece:

*“El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes... respetaran el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto*

*solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sea necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.”*

Así, los Arts. 9 y 10 de la Convención Sobre los Derechos del Niño no establecen que la autoridad competente para otorgar autorización de viajes al exterior de niños y niñas y adolescentes es específicamente el Juez de Familia o el Juez de la Niñez y Adolescencia. Sin embargo, en **Bolivia**, el art. 169 del CNNA señala con respecto a las autorizaciones para viajar al exterior del país, que serán autorizados por el Juez de la Niñez y Adolescencia:

*“cuando el niño, niña o adolescente viaje con uno solo de los padres, caso en que se requerirá la autorización expresa del otro. En ausencia del otro progenitor que debe otorgar la autorización, el Juez exigirá la garantía de dos personas que radiquen la localidad donde se tramita la solicitud...”*

Retornando a la evolución seguida por el *Derecho de Familia* en Bolivia, el mismo tiene como uno de sus principales antecedentes a la *Constitución Política* de 1938, siendo Presidente de la República Don Germán Busch. En ese año, la misma fue reformada en la Convención Nacional donde se consagró el Régimen de la Familia, por primera vez en la historia del constitucionalismo boliviano. Como bien plantea Trigo (1952), *“La familia, hasta comienzos de este siglo XX, estaba regulada exclusivamente dentro del ámbito del derecho Privado y se encontraba regida por disposiciones del Código Civil.”*<sup>106</sup>No obstante, dicha reforma constitucional elevó a la familia al Derecho Público al incorporarla bajo la Sección Quinta y sus Arts. 131, 132, 133 y 134, los cuales establecen por primera vez la protección de la familia y los derechos del niño. Su Art. 131 señala que *“... el matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley...”*, mientras que el Art. 134 consagra como *“...deber primordial del Estado, la defensa de la salud física, mental y moral de la infancia. El Estado defiende los derechos del niño al hogar, la educación y a la amplia asistencia cuando se halle en situación de abandono, de enfermedad o de desgracia. El Estado encomendará el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo*

---

<sup>106</sup>Trigo, Ciro Félix. (1952). *Constitución Política*. La Paz: Gisbert.

a organismos técnicos adecuados.”<sup>107</sup> Las reformas constitucionales de 1945, 1947, 1961, 1967, 1995 y otras ratificaron esas prescripciones.

El *Código de Familia* de Bolivia por su parte, fue promulgado durante el gobierno de facto del Gral. Hugo Banzer Suarez, mediante el *Decreto Supremo* 13980, de septiembre de 1976. Fue puesto en vigencia ese mismo año, y posteriormente sufrió modificaciones y complementaciones mediante el *Decreto Ley* 14849 de agosto de 1977. Consta dicho Código de un Título Preliminar y cuatro Libros, con 480 artículos en total. El *Título Preliminar* trata del régimen jurídico de la familia, del parentesco, de la asistencia y del patrimonio familiar. El Libro Primero está dedicado al matrimonio, el Libro Segundo a la filiación, el Libro Tercero a la autoridad de los padres y de la tutela y, finalmente, el Libro Cuarto trata sobre la jurisdicción y los procedimientos familiares.

En el periodo anterior a 1976, el *Derecho de Familia* tenía como únicas referencias al Código Civil (6 de agosto de 1975) y al Régimen Familiar de la *Constitución Política del Estado*. Es decir, no existía una legislación ordinaria de familia autónoma o propiamente dicha. Antes de 1938, año cuando fue constitucionalizado el Régimen de Familia, las únicas referencias estaban en el Código Civil y el Código del Menor. El primero posee algunas referencias a los efectos del divorcio y a los hijos. En su capítulo 6, art. 25, señala que:

“... la situación de los hijos menores se define en sentencia después de las convenciones que realicen los padres, con anuencia del Juez e intervención fiscal”. Su Art. 26 establece que “...a falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez resolverá su situación, teniendo en cuenta el mejor cuidado y el interés de los menores. La obligación de educar y alimentar a los hijos es solidaria para los padres, proporcional a su fortuna y a las necesidades de los alimentarios.”

Resulta interesante observar la prescripción que establece esa norma al indicar que la decisión judicial debe considerar “el mejor cuidado y el interés de los menores”, obviamente, no se trata de una prescripción enmarcada en el hoy reconocido Principio del Interés Superior del Menor, en tanto esa norma data de la primera mitad del siglo XX. Sin embargo, debe destacarse allí la preocupación genuina por el

---

<sup>107</sup>Vaca Díez, Hormando. (1998). Pensamiento Constitucional Boliviano: 1826 – 1995. La Paz: Fondo Editorial de los Diputados.

menor en el marco de las normas que regulaban las relaciones de la familia. Preocupación que fue tomada en cuenta cuando se instituyó el Código de Familia. Este Código Civil, no hace referencia expresa a la visita y comunicación. Tampoco la Ley de Divorcio, promulgada en 15 de abril de 1932, por el Presidente Daniel Salamanca, consagra norma alguna sobre la visita y comunicación. Esta ausencia de reconocimiento de la visita y comunicación ocurría en el marco de la ausencia de autonomía del Derecho de Familia dentro del sistema jurídico nacional. Es decir, no existía dicha autonomía en virtud de la ausencia de un conjunto de Principios Rectores o de elementos de derecho sustantivos y adjetivos referidos expresamente a las relaciones, organización y emergencias referidas a la familia. Más aun, tal vacío jurídico ocurrió por la falta de reconocimiento del principio de igualdad de derechos a todos los miembros de la familia, en tanto que el Código Civil no reconocía la igualdad de la mujer y de los hijos frente al derecho privilegiado del padre.

La Constitución Política de 1947 superó esa desigualdad de derechos parcialmente, consagrando la “igualdad jurídica de los cónyuges”. Su Art. 137 estableció que “...*el matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección del Estado. Se establece la igualdad jurídica de los cónyuges.*” Según Decker Morales (2000)<sup>108</sup>,... “*dicha norma constitucional destierra para siempre todas las desigualdades o incapacidades de los actos civiles por razón de su sexo, correspondiéndole a ella ejercitar sus derechos civiles con igualdad capacidad del varón*”. Ese fue un avance muy importante de la evolución de los derechos de los miembros de la familia, sin embargo, tampoco reconoció al menor como sujeto de derecho en las relaciones familiares, igual que no habían hecho la Constitución Política de 1947, i la Reforma Constitucional de 1967.

En 1976, la visita y comunicación fueron incorporadas en el Código de Familia bajo la forma de visita y súper vigilancia, manteniendo la tenencia en el marco constitucional de *no reconocimiento del menor como sujeto de derechos, mientras* establecía algunas norma consagrando el *interés moral y material de los hijos*.

---

<sup>108</sup> Decker Morales, Jose. (2000). Código de Familia: Comentarios y Concordancias. Cochabamba: los Amigos del Libro.C.Fr. Decker Morales, Jose.(2002a). Derecho Procesal Civil Comparado. Cochabamba:Alexander, Decker Morales, Jose(2002b). Proceso Ejecutivo. Cochabamba:Poligraf.

Ahora bien, una vez descritos de forma resumida los antecedentes de la norma legal, conviene analizar la norma de la visita y comunicación, a la luz del supuesto de que el Código de Familia contiene omisiones que impiden una adecuada protección del derecho – deber de visita y comunicación ante su obstrucción por parte del progenitor o tercera persona que posea la guarda, custodia o tenencia de menores. Esto es, el Código de Familia, si bien reconoce el interés moral y material del menor, no establece una apropiada protección del Derecho de Visita y Comunicación ni reconoce el derecho a la comunicación efectiva entre el menor y el progenitor sin guarda o custodia. Más bien, en cambio, sigue la tendencia de no consagrarlo como un derecho inalienable del menor como postula el Principio de la Protección Integral del Menor.

Es indudable que un hito trascendental en el desarrollo histórico del derecho de menores fue la promulgación de la Convención de los Derechos del Niño (1989) y a la cual **Bolivia** fue uno de los primeros países en suscribirse. De hecho, pocos años después, en diciembre de 1992, aprobó su nuevo Código del Menor. Para 1975, Bolivia ya había establecido su Derecho del Menor, donde desaparece la concepción del menor objeto de tratamiento, y es sustituida por la del menor titular de derechos. Aquí, en el Código del Menor, como plantea Jiménez Sanjinés (2006)<sup>109</sup> “...el menor aparece como sujeto prevalente de derechos, como motivo y fin de una especial normatividad”, mientras que en el Derecho de Familia “...el menor no ocupa una posición prevalente y su integración resulta de ser integrante de un grupo (grupo familiar).” No obstante, es oportuno señalar que, el Código de Familia no es del todo ajeno a esa tendencia por cuanto, si reconoce genéricamente, como ya se ha sostenido, el interés del menor, pero sin consagrarlo como principio rector y orientador del trato jurídico a imperar en la administración de la justicia.

Es importante en el momento, antes de retornar al problema medular y sustancial del Derecho de Visitas y Comunicación, clarificar algunos conceptos judiciales que impactan sustancialmente a los menores hijos de progenitores separados o divorciados. Vinculando lo ya expuesto con los problemas enfrentados por los hijos de progenitores separados o divorciados, debe indicarse que el Código Niño, Niña,

---

<sup>109</sup>JimenezSanjines, Raul.(2006). Lecciones de Derecho de Familia y Derecho del Menor. La Paz: Presencia.

Adolescente, en sus Arts. 34.2 y 274, referentes a la “*Pérdida de autoridad*” destaca la llamado “*Conducta perversa del padre*”, que, por sus acciones u omisiones culposas o dolosas, provocan la *desprotección del menor*. Por otra parte, su Art. 269 establece que es de “competencia exclusiva” del Juzgado de Partido de la Niñez y Adolescencia entender y resolver la *suspensión, perdida y extinción de la autoridad paterna*, acorde con lo establecido, a su vez, por el Art. 28 de la Ley de Organización Judicial. Incluso, según el Art. 90 II del Código de Procedimiento Civil, toda estipulación en contrario esta sancionada con la nulidad.

Por otra parte, la Patria Potestad puede ser ejecutoriada mediante “Sentencia de divorcio” a favor de uno de los padres, pero ello solo se refiere a la desvinculación conyugal y no a la guarda del menor, que siempre es modificable según los “mejores intereses del menor” y cualquier situación de riesgo que pueda presentarse en el futuro. De hecho, de probarse judicialmente que el menor ha estado sometido a alto riesgo por parte del padre imputado, el mismo perderá en forma temporal o permanente sus derechos sobre el menor.

En lo relativo a la interferencia parental con el derecho de visita, el padre afectado deberá primero agotar todos los mecanismos otorgados por la Ley a fin de que la misma autoridad que expidió la orden exija su cumplimiento. De hecho el art. 184 del C.P.C., establece que: “*los jueces y tribunales podrán imponer sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes a que se cumplan los mandatos judiciales*”. De no cumplir el padre recurrido con el mandato del Juez de Familia, el padre recurrente deberá solicitar que se apliquen las sanciones impuestas hasta que el demandado cumpla con la orden judicial.

El Código de Familia, contiene dos artículos referidos a la visita y comunicación: el Art. 146 y el Art. 257. El Art. 146 (*Autoridad de los padres, tutela, derecho de visita y súper vigilancia*) señala que “*...cada uno de los padres ejerce la autoridad que le corresponde sobre los hijos, confiados a su cargo. Si la guarda se confía a los ascendientes o hermanos de los cónyuges o a un tercero, se aplicara respecto a estos, las reglas de la tutela. No obstante, el padre o la madre que no ha obtenido la guarda tienen derecho de visita en las condiciones que fije el juez y el súper vigilar la educación y el mantenimiento de los hijos, con arreglo al artículo 257*”. Por su parte,



el art. 257 (*Derechos de los padres que no ejercen autoridad*) reglamenta que “...los padres que no ejercen su autoridad pueden conservar con sus hijos las relaciones personales que permitan las circunstancias y súper vigilar su mantenimiento y educación, a no ser que a ello oponga el interés de dichos hijos.”

Es posible plantear al respecto que el Código de Familia, al establecer las normas de visita y súper vigilancia, puede estar protegiendo, no el derecho intrínseco del menor a la relación paterno – filiar efectiva mediante la visita y comunicación, sino, en tanto derecho subjetivo del progenitor sin guarda o custodia, frente al que si lo tiene como una suerte de “medida salomónica” emanante de la acción de separación o divorcio. Situación juicio legal que, por ende, no pone el acento normativo, de manera proyectivo, en las posibles conductas obstructoras del Régimen de Visita y Comunicación. Más aun, no reconoce al menor como sujeto de derecho, y privilegia el vínculo tríadico padre – madre – hijo en detrimento la diádica madre – hijo o padre – hijo. Reconocimiento que no parece ser la forma más adecuada y justa de garantizar el cumplimiento del Derecho de Visita y Comunicación.

Como resulta claramente evidente, el Código Niño, Niña y Adolescente consagra la figura del menor como sujeto de derecho dentro del Estado Boliviano. Sin embargo, no hace alusión directa o indirecta a los derechos que posee y la protección que requiere en situaciones donde su familia de origen queda desmembrada por separación o divorcio, o cualquier otra circunstancia o situación que lo deje desvalido y sin protección. Interesa aquí destacar que mucho menos alude en forma alguna al Derecho de Visita y Comunicación por lo que no es posible tampoco realizar ninguna inferencia con respecto a la obstrucción de tal situación en tanto violación de un derecho que le es fundamental. No obstante, si hace referencia, en el Art. 103, a la Libertad de Expresión y Opinión “*en todos los asuntos que lo afecten, por lo medios que elija y a que se tomen en cuenta sus opiniones*”

El derecho de los menores a que se escuche su opinión o deseos también es reconocido en el art. 12 del Convenio sobre los Derechos del Niño, ratificada por Bolivia (Ley 1152, del 14 de mayo de 1990) que señala, en su Art. 1 “*Los Estados Partes garantizaran al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño,*

*teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.*

Es importante destacar, por otra parte, que el derecho de los menores a ser escuchados se extiende a todas las acciones y decisiones que afectan sus vidas: en la familia, en la escuela, en sus comunidades, aun a nivel político nacional. De igual forma, se aplica a los problemas que les afectan tanto personalmente, como a aquellas decisiones que sobre ellos se tomen cuando sus padres se encuentran en proceso de separación o divorcio, y cuando se tenga que definir la adscripción de su guarda o custodia a uno de los progenitores.

Otro aspecto clave, además del derecho del menor a ser escuchado, es el de la obligatoriedad de tomar en serio lo que los hijos menores tengan que decir con respecto a la decisión de su guarda o custodia. Así, el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño postula que tal opinión debe tener un peso sustancial y que se debe informar sobre las decisiones tomadas a este respecto. Obviamente, esto significa que sus opiniones reciban la consideración que se merecen en forma apropiada. Ahora bien, de no respetarse tales ordenamientos, se vulnera el derecho de los menores a la libertad de expresión y opinión constitucional y legalmente preservados en las leyes nacionales e internacionales al respecto.

Estas modificaciones,, en términos procesales, serán presentadas mediante planteamiento ante el juez de la causa, quien deberá resolverlo previa toma de opinión de los menores involucrados. A su vez, la decisión que adopten dicha autoridad judicial, podrá ser impugnada ante el tribunal competente, que también tiene el deber de escuchar el criterio de los menores ante la posibilidad de que la decisión del tribunal ad quem revoque la del juez a quo. Esto supone que el juez de la causa, antes de resolver el asunto, y el tribunal de alzada, antes de resolver la apelación, deben reconocer a los menores – cuya guarda se discute – el derecho que tienen para expresar su opinión respecto a la problemática.

Otra normativa sumamente importante es la Ley 1674, Contra la Violencia Familiar, del 15 de diciembre de 1995. La misma establece la política del Estado contra la violencia en la familia o doméstica, los hechos que constituyen violencia en la familia,

las sanciones que corresponden al autor y las medidas de prevención inmediata a la víctima. En el marco de esta Ley, se consideran como formas de violencia:

- **Violencia física.** *Las conductas que causen lesión interna o externa o cualquier otro maltrato que afecte la integridad física de las personas.*
- **Violencia psicológica.** *Las conductas que perturben emocionalmente a la víctima, perjudicando su desarrollo psíquico y emotivo; y*
- **Violencia sexual.** *Las conductas, amenazas o intimidaciones que afecten la integridad sexual o la autodeterminación sexual de la víctima.*
- **Violencia en la familia.** *Cuando los progenitores, tutores o encargados de la custodia pongan en peligro la integridad física o psicológica de los menores, por abuso de medios correctivos o disciplinarios o por imposición de trabajo excesivo e inadecuado para la edad o condición física del menor. Igualmente, se consideran actos de violencia en la familia los realizados contra los mayores incapacitados.*

Esta norma tampoco hace referencia expresa a la obstrucción al Derecho de Visitas y Comunicación como una forma de violencia intrafamiliar que afecta al normal desarrollo emocional de los menores. La obstrucción al Régimen de Visitas puede también ser considerada como una modalidad de violencia intrafamiliar en cuanto, al producirse al interior del núcleo familiar, implica la generación de daño psicológico contra los menores.

#### **4.2. Consideraciones Finales**

En virtud de que las tasas de separación y de divorcio son elevadas en el mundo entero y que los problemas emergentes de allí, caracterizados por disputas, controversias y en casos severos por violencia doméstica, ha prevalecido una cierta tendencia internacional a pretender minimizar las consecuencias negativas que pueden acarrear tales situaciones en los menores involucrados y en el mismo grupo familiar, mediante normativas y decisiones judiciales correlacionadas. Las mismas incluyen consideraciones y decisiones normativas, muchas veces penalizadas cuando son ignoradas, obstruidas o violadas, en torno a la separación y divorcio, la guarda, la custodia, tenencia de los hijos, entre otros, el Derecho del Menor, Derecho de Visitas y Comunicación y su respectivo Régimen regulatorio.

Ciertamente, pareciera que una de las mejores alternativas para controlar el impacto negativo y corrosivo de las separaciones y divorcios contenciosos y su correspondiente impacto en el desarrollo emocional y social de los hijos, además del reconocimiento y preservación de su innegable Derecho de Visita y Comunicación con ambos progenitores, es la custodia compartida. El argumento base de apoyo al respecto estriba en la búsqueda de una alternativa lógica y razonable para garantizar tales derechos. Como argumentos de oposición se encuentran, no solo las posibles características, rasgos, actitudes y conductas psicopatológicas que puedan poseer algunos de los progenitores (con guarda o sin ella), el tipo de carácter, por así decirlo, que haya asumido la separación y divorcio en los casos contenciosos, y las posibles actitudes, conductas y acciones obstructoras de los derechos – deberes, entre progenitores (o por uno de ellos), y de los Convenios Reguladores y Regímenes de Visitas y Comunicación. En esta área de oposición se encuentra, en lugar destacado, el argumento referente a las diversas acciones severas de obstrucción (como el secuestro parental) y la variedad de psicosis patológicas (SAP, Padrectomia y SIM, entre otras) que pueden desarrollarse a partir de la manipulación virulenta (generalmente subsumida) realizada por el progenitor con Derecho de Guarda y la subsiguiente Crisis de Lealtad Inter – Parental que genera.

#### **4.3. CONCLUSIONES.**

Ciertamente el Derecho de Familia en particular cuenta con una variedad de alternativas y medidas civiles preventivas, compulsorias y sancionatorias que, accionándolas y aplicándolas con equidad, permiten entender efectivamente el poder manejar, controlar y prevenir los efectos devastadores de la obstrucción al Derecho de Visita y Comunicación. Así, aplicar inmediata y directamente medidas punitivas al progenitor que interfiere u obstruye el Derecho de Visita y Comunicación puede ser, contrario a su propósito original, fuente generadora de la ampliación y profundización de la animadversión entre los progenitores contendientes y, consecuentemente, en el peor de los escenarios, de maltrato de menores y violencia doméstica.

Esto es, que una medida punitiva insensible puede provocar en el progenitor afectado la comisión de otras conductas legalmente punibles de carácter más

severo, profundizando la crisis familiar a la vez que contribuye significativamente a la victimización crítica del menor cuyos derechos pretende sustentar y apoyar.

Se postula que el Derecho de Familia, debe contemplar, como uno de los elementos constitutivos para lograr el cumplimiento efectivo del Régimen de Visitas, medidas de carácter civil para el progenitor obstructor tales como el apercibimiento de suspensión temporal de la guarda, custodia o tenencia del menor, multas o penalidades económicas y asistencia a terapias socio psicológicas.

En caso de desapercibimiento, de acuerdo a la investigación realizada llegamos a la conclusión que se pudiera considerar la opción de hacer que el Juez en Materia Familiar pudiere ser facultado para expedir la orden de allanamiento al domicilio del progenitor custodio coaccionándolo de este modo para que se haga cumplir el Derecho de Visitas que le corresponde por ley al progenitor no custodio, ya que los Jueces de Familia tienen el DEBER de precautelar siempre antes de cualquier situación el interés superior del niño, y tomar en cuenta que para el crecimiento y desarrollo del menor siempre es bueno el poder contar con ambos padres, pero está claro que existen circunstancias en las cuales los mismos progenitores son lo que se oponen a estas relaciones, privando al menor de ese DERECHO al obstruir los encuentros con el progenitor no custodio y así negando al mismo a tener una relación ya sea Materno o Paterno Filiar.

## CAPITULO V

### 5.1. PROYECTO DE LEY MODIFICATORIO

En nuestro ordenamiento jurídico el Artículo 146 del Código de Familia es el que se emplea para que el Juez pueda determinar el cumplimiento al Derecho de Visitas del Progenitor no custodio, fijándole generalmente los días domingos de 9:00 am a 18:00 pm., para poder relacionarse entre sí y así salvo guardar el vinculo Paterno o Materno Filiar.

Ahora bien, una vez que estos días son fijados hayan sido determinados por el Juez o quedado entre partes, si no se lo cumple, el Juez ordena que la entrega del menor se la haga mediante la FELCV para que el progenitor custodio se apersona a las instalaciones de la misma y haga entrega del menor al progenitor no custodio. Es en este mismo entendido que si no se cumple dicha orden, el Juez puede sancionar pecuniariamente al progenitor que tiene la guarda del menor ordenándole la cancelación de una suma determinada de dinero, por haber desobedecido lo ordenado por la autoridad.

Es así que nos damos cuenta que no existe una forma de presionar al progenitor custodio a hacer efectiva la entrega del menor al padre o madre que no tienen la guarda, es por eso que esta investigación se la realizo para poder incluir en el Código de Familia la obligatoriedad bajo sanción Penal el derecho de visitas del progenitor para mantener el vinculo paterno o materno filiar.

Es por esta razón que se propone se incluya en el Código de Familia más específicamente en el Artículo 146 ***“La facultad de que el Juez de Partido en Materia Familiar pueda expedir la orden de allanamiento al domicilio del progenitor custodio, para salvoguardar la relación paterno o materno filiar”***.

## **MODIFICACION DEL ARTICULO 146 DEL CODIGO DE FAMILIA**

**ARTICULO 146. (Autoridad de los padres, tutela, derecho de visita y supervigilancia).** Cada uno de los padres ejerce la autoridad que le corresponde sobre los hijos confiados a su cargo. Si la guarda se confía a los ascendientes o hermanos de los cónyuges, o a un tercero, se aplican respecto a estos, las reglas de la tutela.

No obstante, el padre o la madre que no ha obtenido la guarda tiene derecho de visita en las condiciones que fije el juez y el de supervigilar la educación y el mantenimiento de los hijos, con arreglo al artículo 257.

*Así mismo, de no haber cumplimiento en relación al Derecho de Visitas fijado por la autoridad competente, se faculta a que el Juez de Partido en Materia Familiar pueda expedir la orden de allanamiento al domicilio del progenitor custodio, para salvoguardar la relación paterno o materno filiar.*

## BIBLIOGRAFIA.

- \* Aguilar Cuenca, José M. (2004). *Síndrome de Alienación Parental. Hijos Manipulados por un Cónyuge para Odiar al Otro*. Córdoba: Almuzara
- \* Álvarez, Gladys y Highton, Elena. (1995). *Mediación para Resolver Conflictos*. Bs. As.: Ad Hoc.
- \* Albarracín, Marta. (1991). "Divorcio Destructivo: Particularización sobre Aspectos del Conflicto." En *Revista Sistemas Familiares*: Vol. 7, No. 2. Págs. 9-17. Buenos Aires.
- \* Arianna, Carlos. (1989). "Régimen de Visitas." *Revista de Derecho de Familia*. Nº 2. Bs. As: AbeledoPerrot.
- \* Belluscio, Augusto. (1981). *Derecho de Familia*. Bs. As.: Depalma.
- \* Arguello, Luis Rodolfo. (2000). *Manual de Derecho Romano, Historia e instituciones*. Ed. Astrea.
- \* Bermúdez, Manuel. (1999). <http://derechospaternofiliales.blogspot.com/>
- \* BernuzBenítez, María José. (2000). "El Derecho del Niño a Ser Oído." En García Calvo, Manuel y Fernández Sola, Natividad. (Coords.). (2000). *Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia*. Zaragoza: Mira. Págs. 293 - 312.
- \* Borda, Guillermo A. (1977). *Tratado de Derecho Civil, Familia tomo I y II*. Bs. As.: Perrot.
- \* Cabanellas, Guillermo. (2007). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Bs. As.: Heliasta.
- \* Cáceres, C. y Manhey, C. (2006). "Terapia Familiar con Familias en Proceso de Separación/Divorcio Destructivo: El Eje Relacional Fraternal." *Revista de Familias y Terapias*. Año 15, Núm. 24.
- \* Canton, J., Cortes M., Justicia M. (2000). *Conflictos Matrimoniales, Divorcio y Desarrollo de los Hijos*. Barcelona: Pirámide.
- \* Corral García, Eduardo. (2001). "El Interés del Menor y el Derecho de los Padres a no verse separados de sus hijos." En *Revista General de Derecho*. Núm. 682-683, Julio-Agosto. Págs. 09 - 42.
- \* De Kolle, Sandra Pacheco. (2004). *Derechos de la Niñez y Adolescencia. Teoría y Práctica*. Bolivia: Cochabamba.
- \* Decker Morales, José. (2000). *Código de Familia: Comentarios y Concordancias*. Cochabamba: Los Amigos del Libro. 3ª Edición (1979 y 1998)
- \* Del Valle Adera, Nivea. (2001). "Derecho de Comunicación entre Padres e Hijos." *Revista en Red Infancia y Sociedad*. Febrero 2001. Bs. As. (<http://www.infanciayjuventud.com/>)
- \* Engels, Federico. (1983). *El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado*. Bs. As.: Claridad.
- \* Fernández Ros, E. y Godoy Fernández, C. (2002). *El Niño Ante el Divorcio*. Madrid: Pirámide.
- \* Gardner, R. A. (2004). "The Relation Between the Parental Alienation Syndrome (PAS) and the False Memory Syndrome (FMS)." *The American Journal of Family Therapy*: 32. Pgs. 79-99.
- \* Gardner, Richard. "Differentiating between the Parental Alienation Syndrome and Bona Fide Abuse/Neglect": <http://rgardner.com/refs/ar1.html>.



- \* Gardner, Richard. "Family Therapy of the Moderate Type of Parental Alienation Syndrome": 1999, <http://rgarner.com/refs/ar2.htm1>.
- \* Gardner, Richard. C. Fr. (<http://www.paulwillekens.be/pw/sap.htm-2411.06>); ([www.abogadosdefamilia.com.arg](http://www.abogadosdefamilia.com.arg)); (<http://sindromedealienacionparental.apadeshi.org.ar-24.11.06>); ([www.padrectomiafamilia.com.htm](http://www.padrectomiafamilia.com.htm)); (<http://tertulia.home.ml.org>).
- \* Grosman, Cecilia y Mesterman, Silvia. (1992a). *Maltrato al Menor. El Lado Oscuro de la Escena Familiar*. Bs. As.: Universidad.
- \* Grosman, Cecilia. (Dir.). (1998). *Derechos del Niño en la Familia. Discurso y Realidad*. Bs. As.: Universidad.
- \* Guastavino Elías. (1976). "Régimen de Visitas en el Derecho de Familia." En *Revista Jurisprudencia Argentina*. T. 1976. 1, Pág. 654.
- \* Jiménez Sanjines, Raúl. (2006). *Manual de Teoría y Práctica del Derecho de Familia*. La Paz: La Paz.
- \* Liberman, R. (1983). *Los Hijos Ante el Divorcio*. Barcelona: Hogar del Libro.
- \* Longo, Eduardo. (2001). *Derecho de Familia*. México: Porrúa. (Parte General)
- \* Messineo, Francesco. (1971). *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Bs. As.: Jurídica Europa América.
- \* Montalvo, J., Soria, R., y Díaz, E. (1997b). "Divorcio y Estructura Familiar." En Jiménez-Guillén, R. (Comp.). (1997). *Familia ¿Célula Social?* México: Centro de Estudios Universitarios para la Familia. Universidad Autónoma de Tlaxcala.
- \* Morales Guillén, Carlos. (1990). *Código de Familia. Comentarios y Concordancias*. La Paz: Gisbert.
- \* Moya Escudero, Mercedes. (1998). *Aspectos Internacionales del Derecho de Visita de Menores*. Granada: Comares.
- \* Osorio, Manuel. (2012). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Bs. As.: Heliasta.
- \* Paz Espinoza, Félix C. (2010). *El Matrimonio, Divorcio, Asistencia Familiar, Invalidez Matrimonial, Restitución al Hogar, Negación y Desconocimiento de paternidad, Homologación de sentencias, Procedimientos, Modelos*. Ed., e Impresión. El original San Jose.
- \* Paz Espinoza Félix. (2005). *Derechos de la Niñez y Adolescencia y Derechos Humanos*. La Paz: Gráficos Illimani.
- \* Planiol, Marcel, Ripert, Georges y Bonecasse, Julián. (1981). *Tratado Elemental de Derecho Civil Romano*. Puebla: José M. Cajica.
- \* Rivero Hernández, Francisco. (1997). *El Derecho de Visita*. Barcelona: Bosch. (2000: Madrid: Dykinson).
- \* Saavedra López, Mario. (1995). *Manual de Derecho de Familia*. Cochabamba: Serrano.
- \* Samos Oroza, Ramiro. (1995). *Apuntes de Derecho de Familia*. Sucre: Judicial. Tomo 1.
- \* Saucedo Sevilla, Lucas. (2001). *Matrimonio Civil y Divorcio Absoluto. Doctrina, Legislación y Jurisprudencia Nacional y Extranjera*. Bolivia: Santa Cruz.
- \* Villazón Delgadillo, Martha. (2000). *Familia, Niñez y Sucesiones*. Sucre: Judicial. 2da. Ed.

### **Códigos Utilizados:**

- Constitución Política del Estado, Gaceta Jurídica
- Código de Familia, Gaceta Jurídica.
- Código de Procedimiento Civil, Gaceta Jurídica
- Código Niña, niño y Adolescente, Gaceta Jurídica
- Código Penal, Gaceta Jurídica.

### **Vínculos en Internet:**

- Convención de los Derechos del Niño, (1989) Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.
- Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales (Pacto de Roma).
- Convención Americana sobre derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (1969 – 1978).
- Comité de los Derechos del Niño (2007). IIN (OEA) y Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Declaración de los Derechos del Niño. (1959) Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. (1948) Organización de los Estados Americanos.
- Estatuto de Crianca e do Adolescente e da outras providencias (1990).
- La familia en América Latina-Realidades, interrogantes y perspectivas. (2004, México, D. F.). Bernardo Kliksberg. XIX Congreso Panamericano del Niño, la Niña y Adolescentes. <http://www.lexisnexis.com.ar/Catalogo/Online.asp>
- <http://vlex.com/countries>
- <http://www.paulwillekens.be/pw/sap.htm-2411.06>
- [www.abogadosdefamilia.com.ar](http://www.abogadosdefamilia.com.ar)
- <http://sindromedealienacionparental.apadeshi.org.ar-24.11.06>
- ([www.padrectomiafamilia.com.htm](http://www.padrectomiafamilia.com.htm))
- <http://tertulia.home.ml.org>

### **ESQUEMAS, CUADROS Y GRÁFICOS**

- Esquema 1: El Derecho de Visita y Comunicación en el Marco de la Doctrina de la Protección Integral del Menor
- Esquema 2. Derechos los de Progenitor y el “Interés Superior del Niño”
- Esquema 3. Correlatividad de los Derechos – Deberes de Guarda, Custodia, Visita y Comunicación.
- Cuadro 1. Derechos y Obligaciones de los Progenitores en el Régimen de Visita y Comunicación.
- Cuadro 2. Legislación Comparada: el Derecho de Visita y Comunicación (DVC).

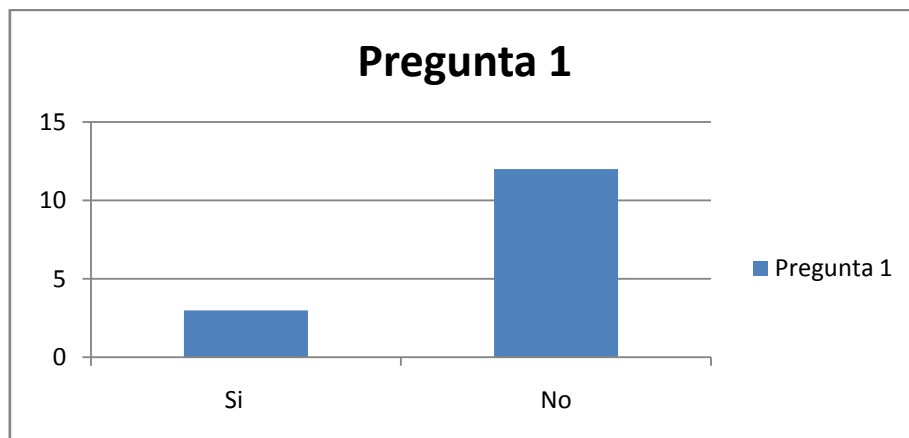
# ANEXOS

## TABULACION DE ENCUESTAS REALIZADAS A LOS JUECES DE PARTIDO E INSTRUCCIÓN DE FAMILIA

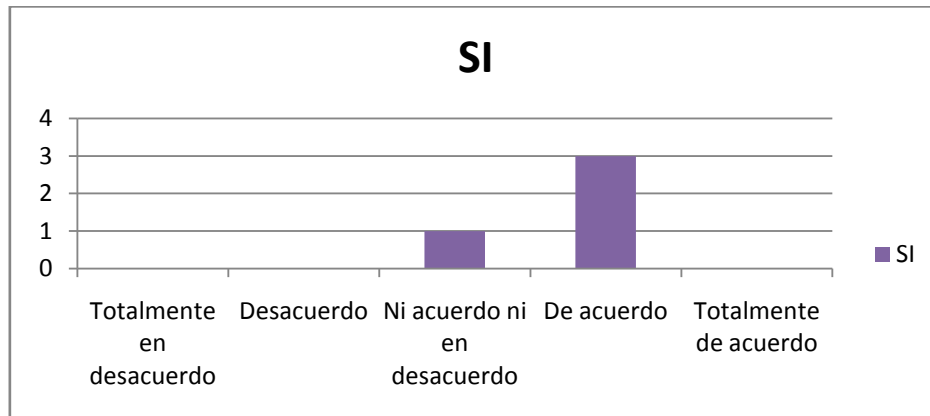
La siguiente encuesta tubo como propósito, investigar ideas y opiniones acerca de puntos importantes, relacionados con incluir en el Código de Familia la obligatoriedad bajo sanción penal el derecho de visita del progenitor para mantener el vinculo paterno o materno filiar, la misma fue realizada en los predios del Juzgado de Familia, utilizando como muestra a los 15 Jueces en Materia Familiar tanto en Partido como en Instrucción, los cuales son los directos entendidos en la Materia y los que sufren de la decadencia Normativa, el momento de hacer ejercer los Derechos de Visitas que les corresponden a los Progenitores no Custodios, para la presente encuesta utilizo el método de clasificación del 1 al 5 (1 = En desacuerdo, 2 = Desacuerdo, 3 = Ni acuerdo ni en desacuerdo, 4 = De acuerdo, 5 = Totalmente de acuerdo) a continuación pasamos a tabular las encuestas realizadas:

- **PREGUNTA N° 1.-**

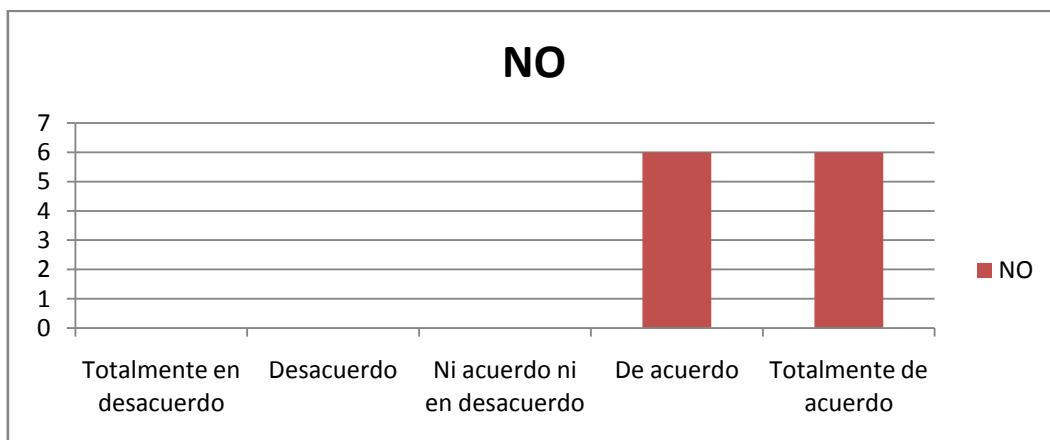
**¿En su opinión, la legislación nacional concede la necesaria atención al derecho de visita y comunicación?**



1.- Si, porque existen las normas necesarias para hacer cumplir el derecho de visitas.

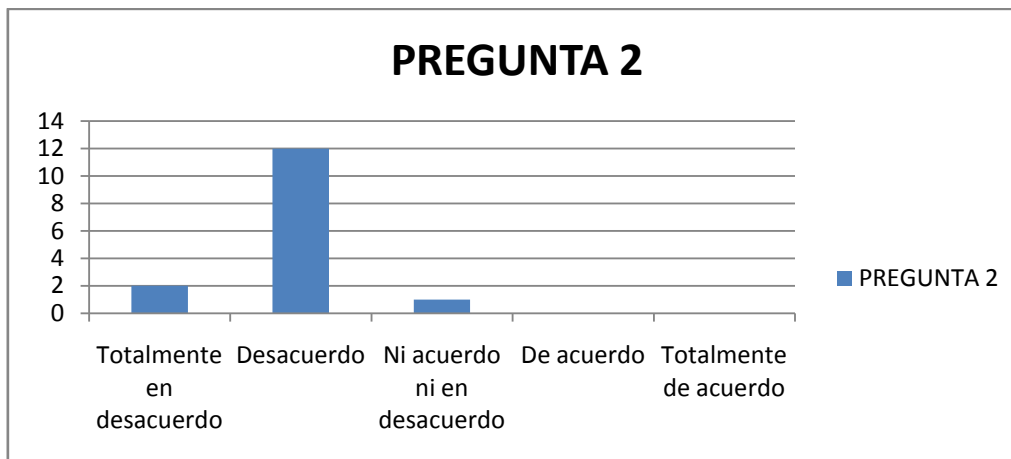


2. No, porque no existen los medios para hacer cumplir el derecho de visitas, y poder coaccionar al progenitor custodio para hacer efectiva la entrega del menor al progenitor no custodio.



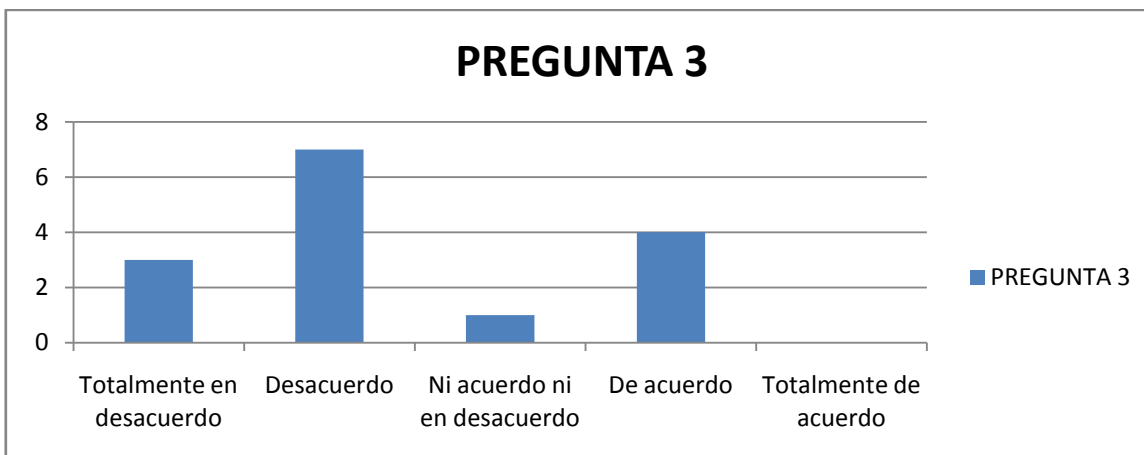
- **PREGUNTA N° 2.**

**¿En su criterio, las normas que regulan el derecho de visita en Bolivia son suficientes para la protección del menor ante la conducta de obstrucción de la visita y comunicación? ¿Por qué?**



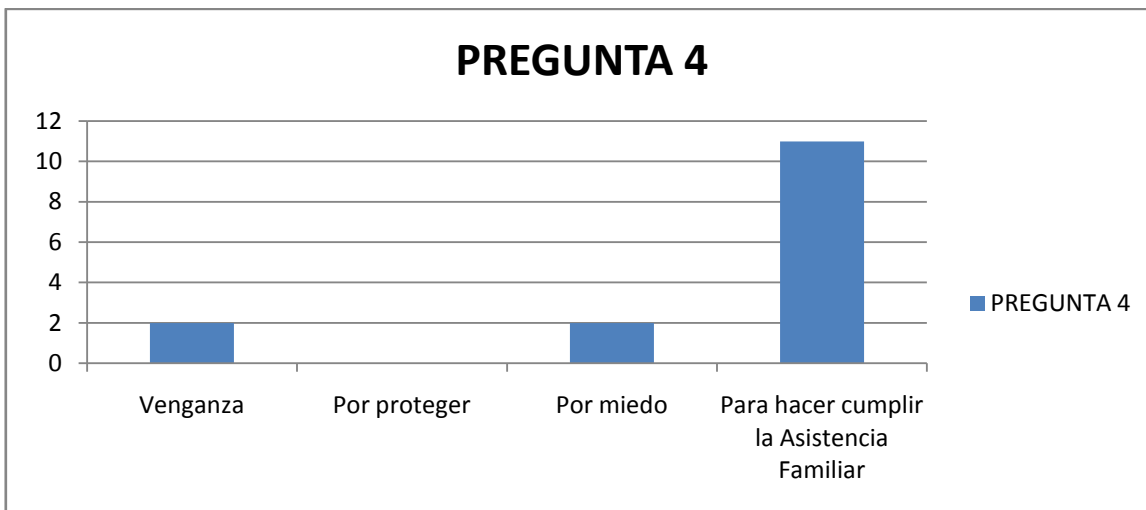
- **PREGUNTA N°3.**

**¿A su parecer existen mecanismos necesarios para que los Jueces de Partido e Instrucción de Familia, actúen ante la obstrucción del Derecho de Visita de parte del padre custodio? ¿Por qué?**

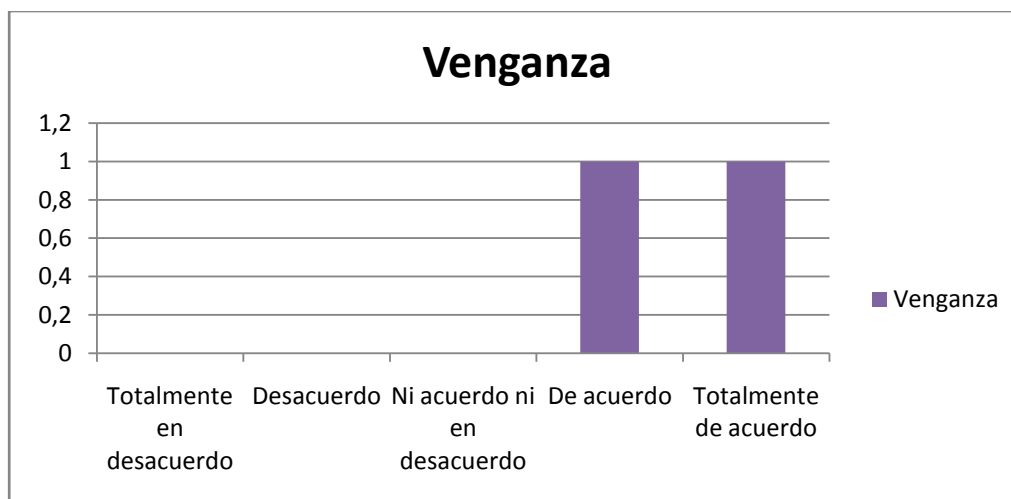


- **PREGUNTA N° 4.**

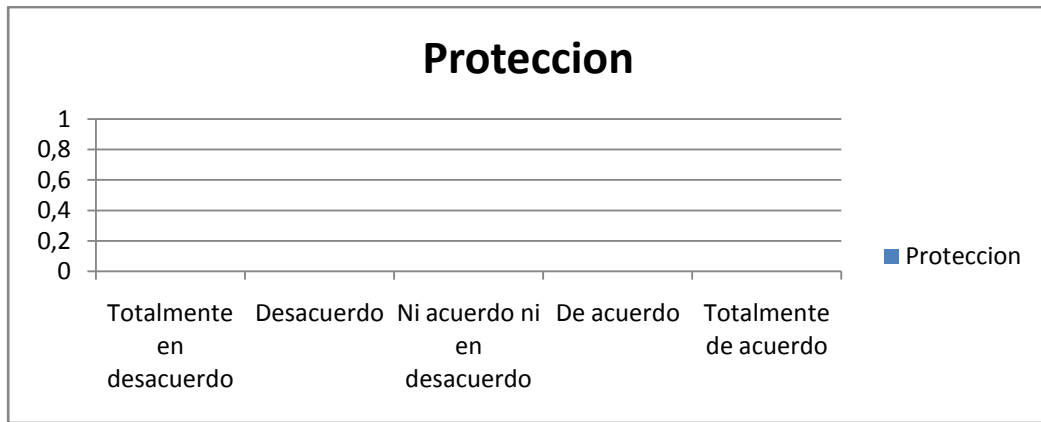
**¿En su criterio cuales son las causas más comunes que motivan al progenitor que tiene el Derecho de Guarda para impedir el ejercicio del Derecho de Visita al progenitor no custodio?**



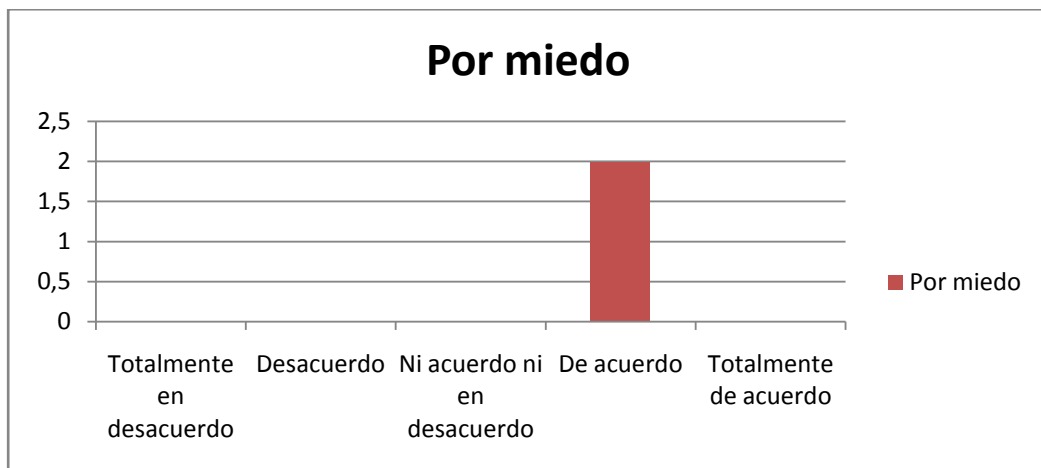
**1.- Venganza hacia el cónyuge.**



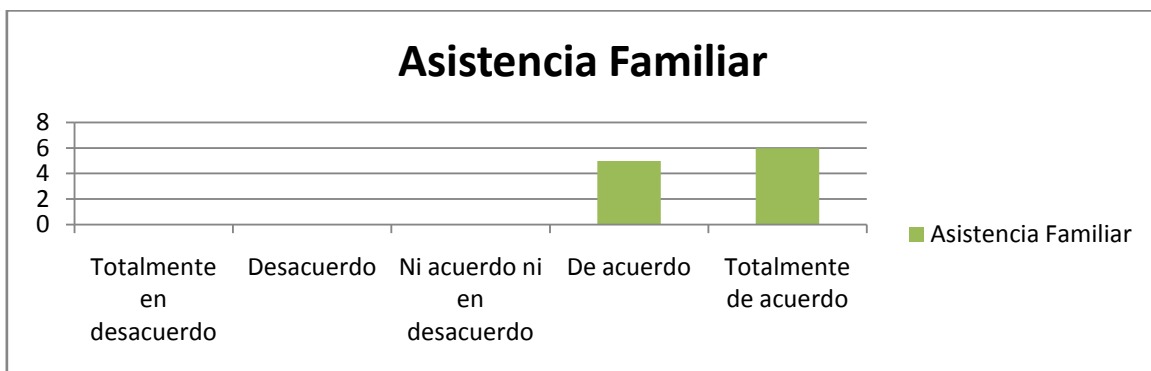
2.- Por proteger a sus hijos.



3.- Por miedo a que el conyugue no le devuelva al menor.

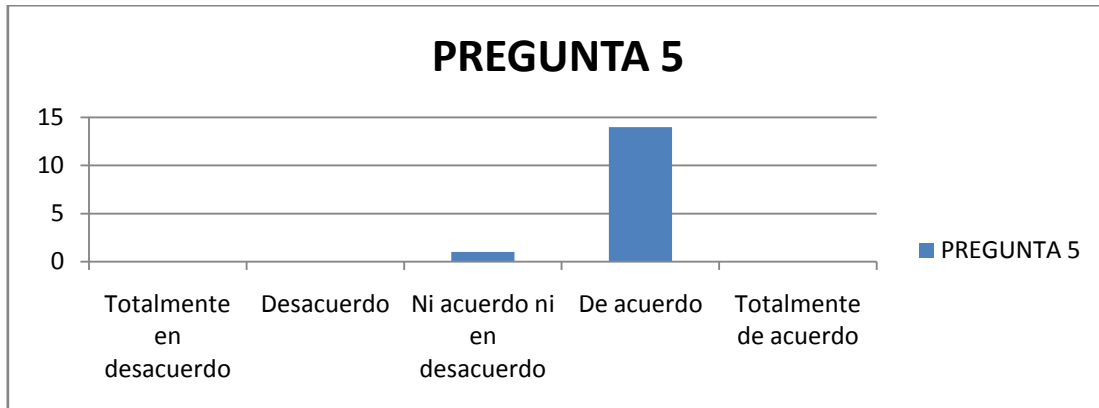


4.- Para obligar a que el progenitor no custodio cumpla con las pensiones.



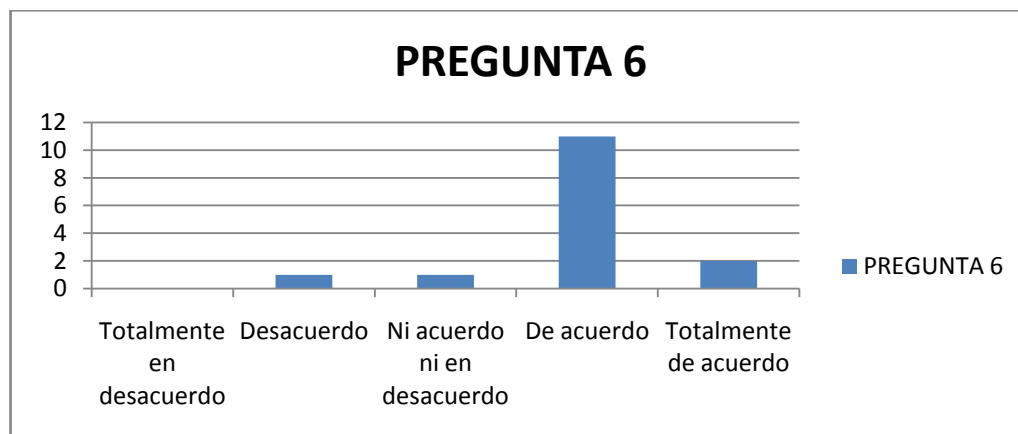
- **PREGUNTA N° 5**

¿A lo largo de su carrera profesional se le presentó alguna vez esta complicación y que postura adoptó para dar una solución a dicho problema relacionado con el incumplimiento del derecho de visita del progenitor custodio? ¿Por qué?



- **PREGUNTA N° 6.**

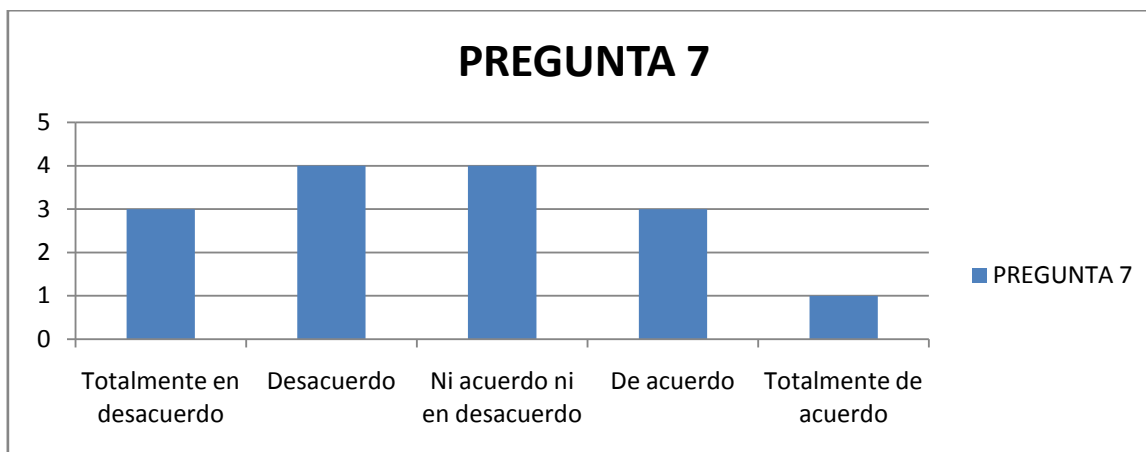
¿En su criterio, es necesario que la norma establezca alguna forma de sanción penal para evitar la obstrucción del régimen de visita y comunicación? ¿Por qué?





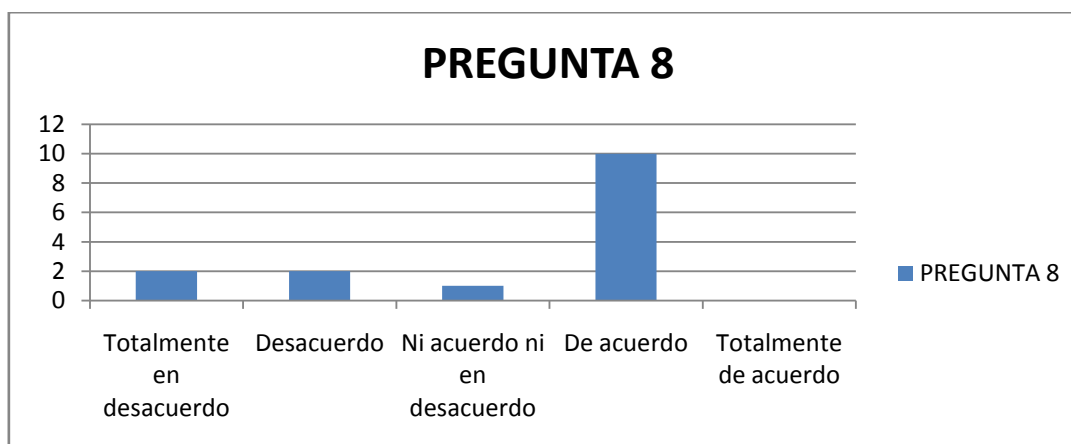
- **PREGUNTA N° 7.**

**¿Usted cree que la ausencia normativa de una pena sancionadora hacia el progenitor custodio para hacer que cumpla con el derecho de visita genera conflictos legales en la aplicación del Código de Familia por parte de los Jueces de Familia? ¿Por qué?**



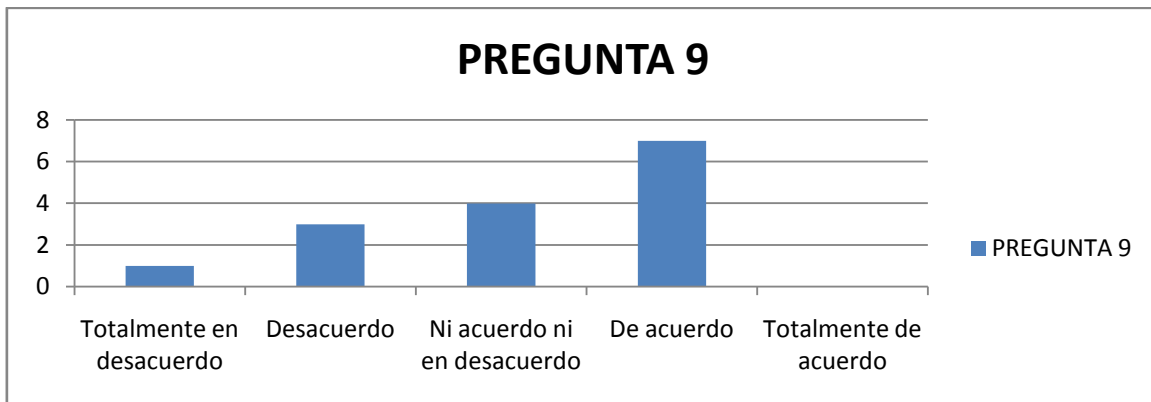
- **PREGUNTA N°8.**

**¿Usted estaría de acuerdo si se permitiría a los jueces de Familia el poder ordenar el allanamiento en la casa del progenitor custodio para poder hacer cumplir el derecho de visitas? ¿Por qué?**



- **PREGUNTA N° 9.**

**¿En su opinión, estaría de acuerdo con incluir en el código de familia en última instancia una pena privativa de libertad de seis meses a tres años, para el progenitor custodio que impidiera el derecho de visitas? ¿Por qué?**

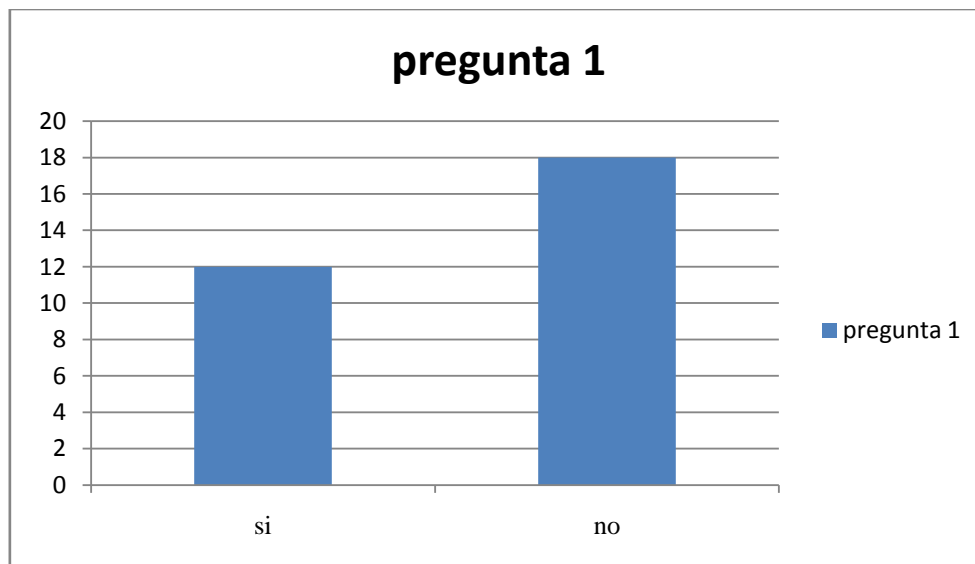


## **TABULACION DE ENCUESTAS REALIZADAS A PERSONAS QUE SUFREN EL INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE VISITAS**

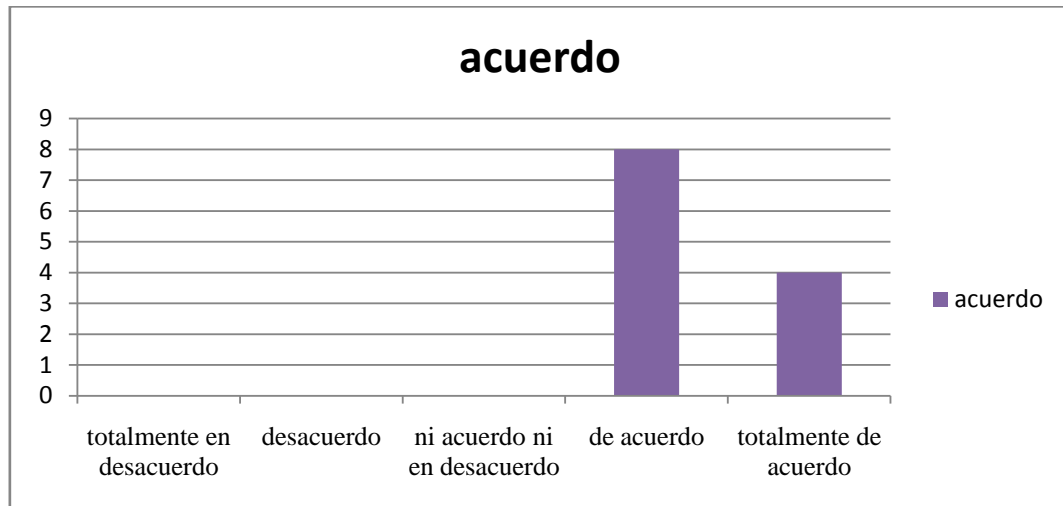
La siguiente encuesta tubo como propósito, investigar ideas y opiniones acerca de puntos importantes, relacionados con incluir en el Código de Familia la obligatoriedad bajo sanción penal el derecho de visita del progenitor para mantener el vinculo paterno o materno filiar, la misma fue realizada en los predios del Juzgado de Familia, utilizando como muestra a 30 personas las cuales sufren del incumpliendo de visitas, al ser ellos los progenitores no custodios y ser los beneficiarios del Derecho de Visitas, para la presente encuesta utilizo el método de clasificación del 1 al 5 (1 = En desacuerdo, 2 = Desacuerdo, 3 = Ni acuerdo ni en desacuerdo, 4 = De acuerdo, 5 = Totalmente de acuerdo) a continuación pasamos a tabular las encuestas realizadas:

- **PREGUNTA N° 1.-**

**¿Usted aceptaría determinar los días de visita con su conyugue de mutuo acuerdo o le parecería mejor que sea un juez en materia familiar el que imponga la modalidad de visita a sus hijos?**



1.- Llegaría a un acuerdo con el progenitor custodio, para así evitar cualquier tipo de trauma que pudiera sufrir mi hijo.

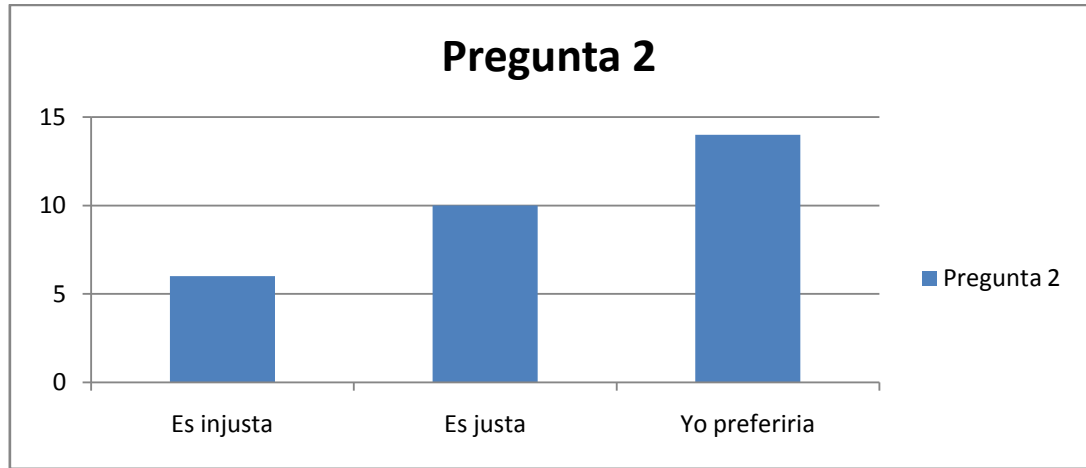


2.- Preferiría que fuera un juez en Materia Familiar quien lo decida así el progenitor custodio se vería obligado a cumplir con mi derecho.

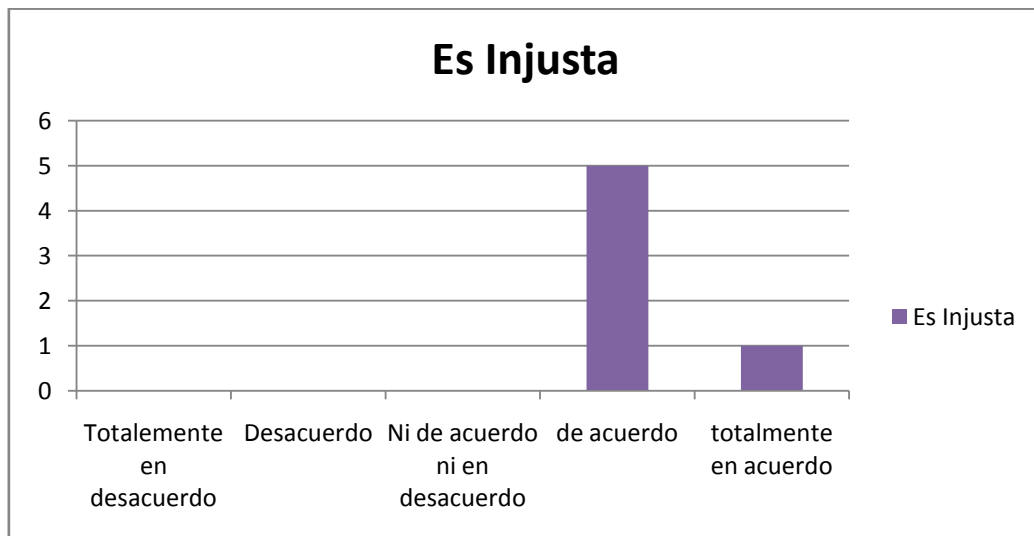


- **PREGUNTA N° 2.**

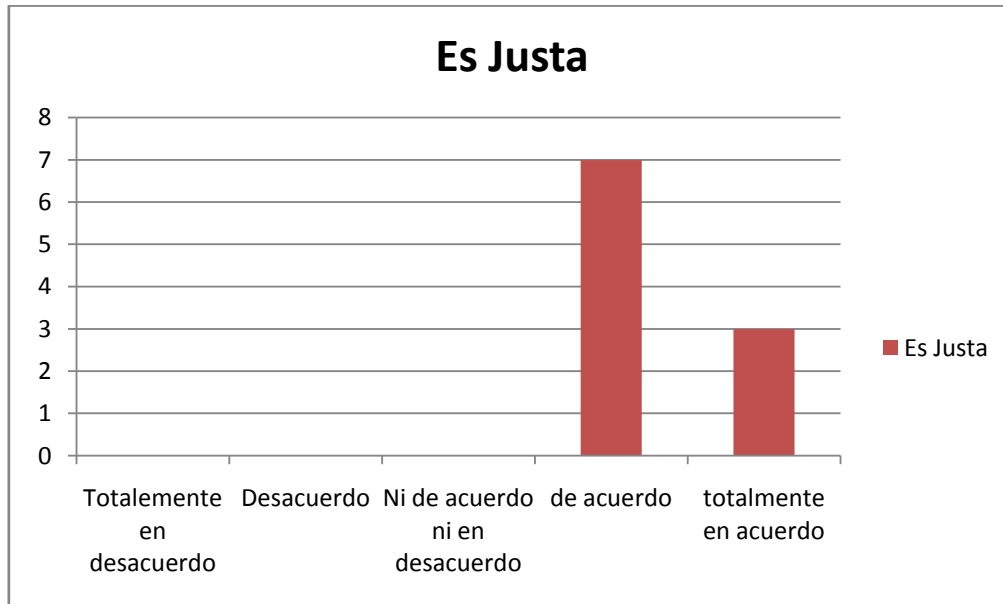
**El régimen de visita y comunicación con sus hijos ¿le parece justa o injusta, y porque?**



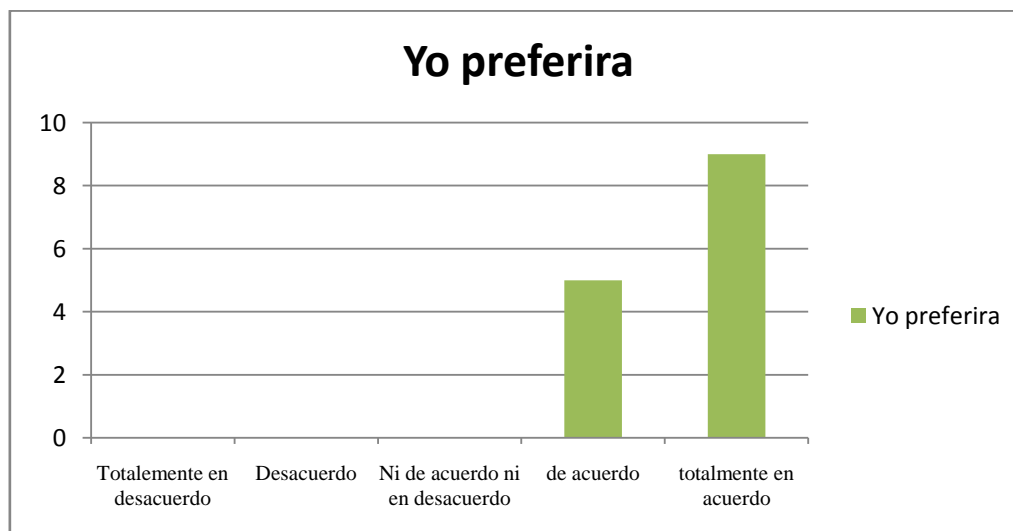
1.- Es injusta porque preferiría que fueran más días los que pudiera ver y compartir con mis hijos.



2.- Es justa porque prefiero compartir con mis hijos todo un día juntos, debido a que en la semana no podría pasar tantas horas con ellos, porque mi trabajo no me lo permite.

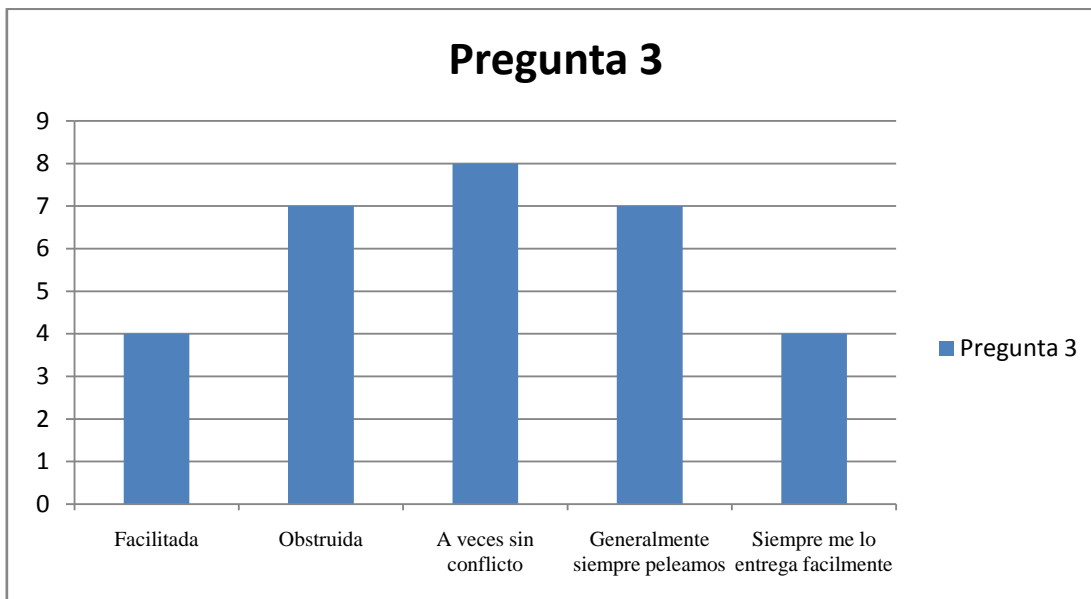


3.- Yo preferiría que me dejaran verlos en los días de semana, porque el fin de semana es muy corto para disfrutar de ellos.



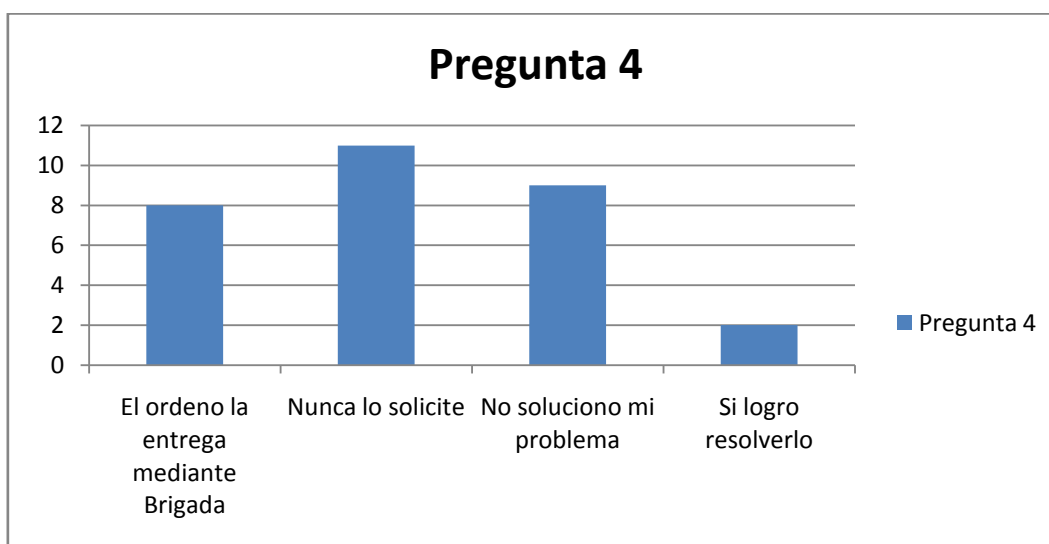
- **PREGUNTA N° 3.**

**La visita y comunicación con sus hijos, determinada por la autoridad ¿es facilitada por su ex pareja o es obstruida?**



- **PREGUNTA N° 4.**

**¿Cuándo usted siente que su ex pareja está obstruyendo el derecho de visita y comunicación que le corresponde con sus hijos, la autoridad logra resolver el problema?**

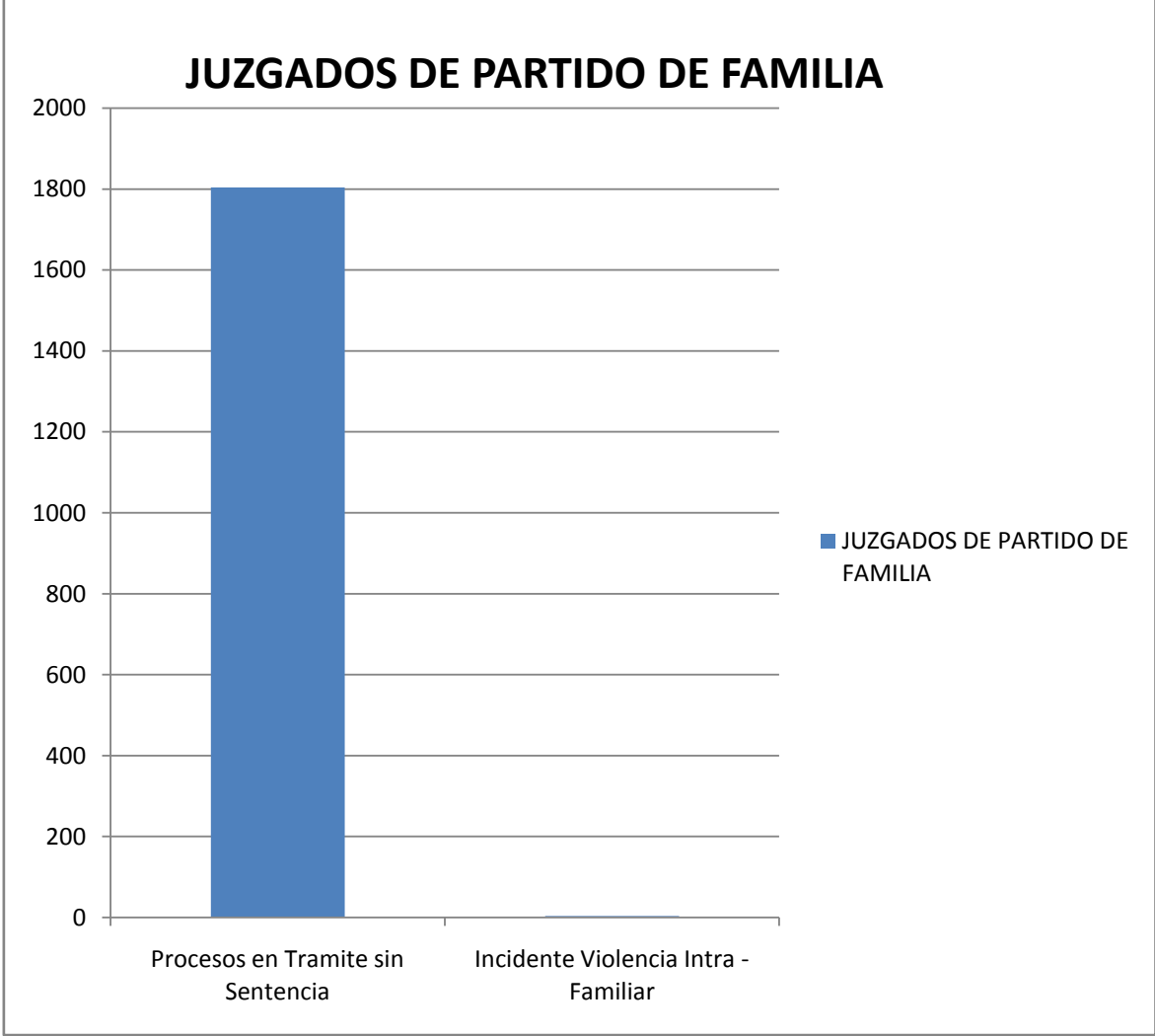


## CUADROS ESTADISTICOS REFERENTES AL MOVIMIENTO JUDICIAL DEL AÑO 2013.

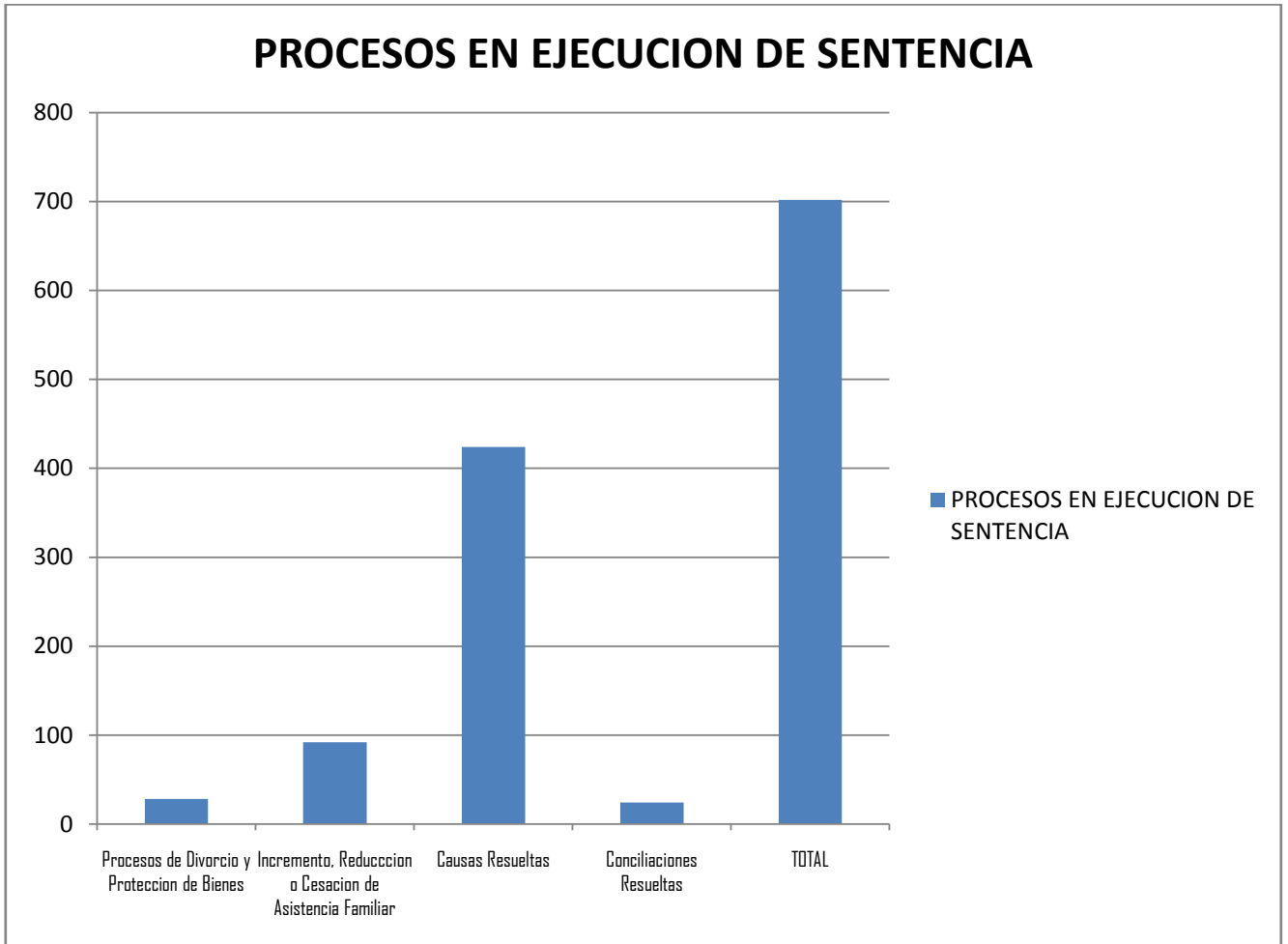


FUENTE: Tribunal Departamental de Justicia de La Paz

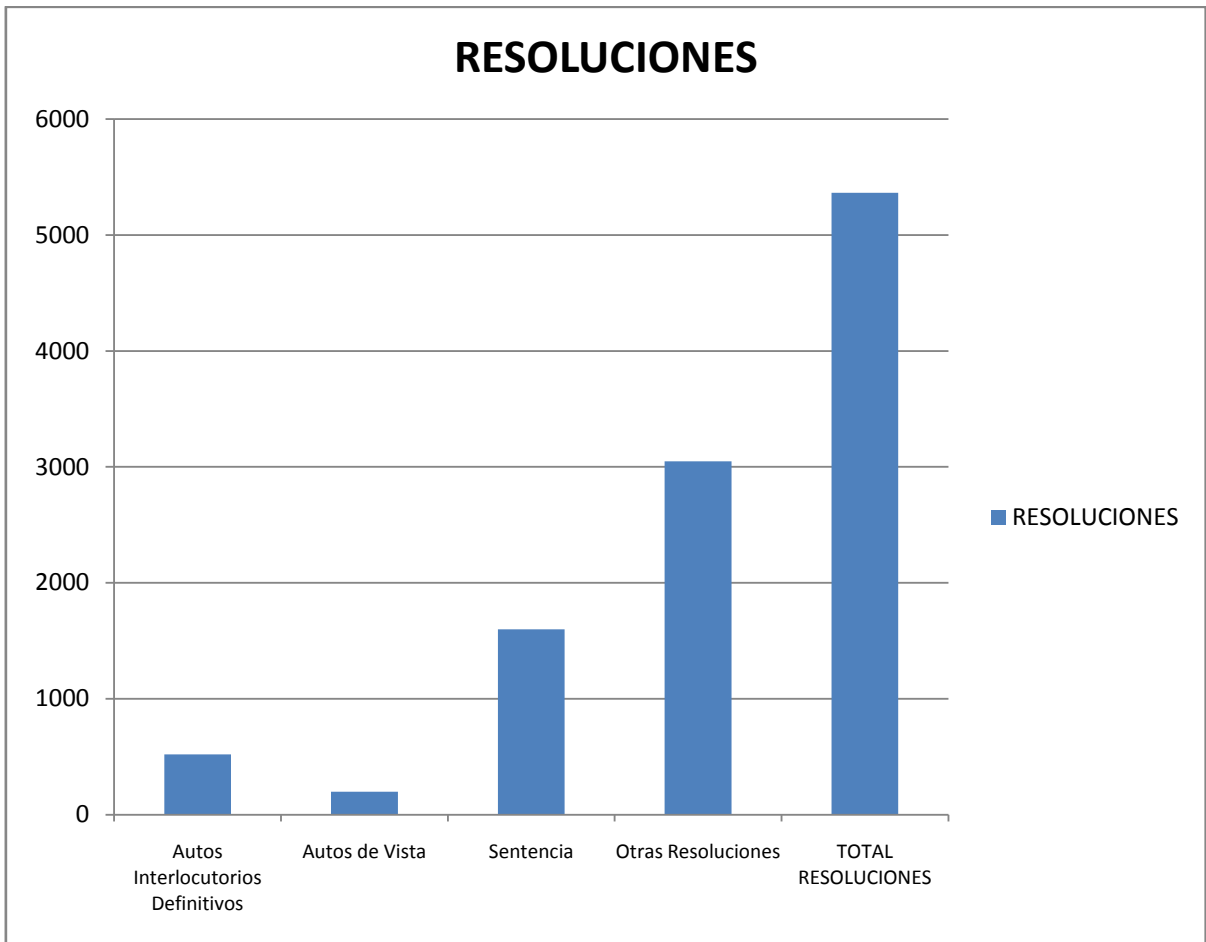




FUENTE: Tribunal Departamental de Justicia de La Paz



**FUENTE:** Tribunal Departamental de Justicia de La Paz



**FUENTE: Tribunal Departamental de Justicia de La Paz**