

LA NECESIDAD DE GENERAR UNA NORMA QUE VIABILICE EL CUMPLIMIENTO EFECTIVO DEL RÉGIMEN DE VISITAS

Dr. Teodoro Paul Molina Salazar
Vocal Presidente, Sala Civil Cuarta

Tribunal Departamental de Justicia de La Paz



La ruptura de la convivencia de una pareja -casada legalmente o no- genera, provoca, cuando existen hijos mutuos, la necesidad de atribuir a uno de los padres el ejercicio exclusivo de la función parental: "tenencia", "guarda", "custodia", "a cargo" y "cuidado exclusivo". 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.

Por otra parte, las legislaciones latinoamericanas en general prevén la **intervención judicial para casos conflictivos**. Más aún, por regla general también, la pauta de adjudicación de la tenencia de los menores considera la 'aptitud' del padre o de la madre para enfrentar el cuidado de los hijos.

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 ese que el *Comité de los Derechos del Niño* 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 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.*" Es así que en Bolivia **el art.122** de la ley 548 concordante con el art.36 de la ley 603 señala que "**las y los hijos menores de edad tienen garantizado el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten en función de su edad y madurez**".

La *Convención sobre los Derechos del Niño* (1989) en la cual la dinámica entre la familia, el Estado y el niño pasó 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 contiene elementos claves de la *Doctrina de Protección Integral*. Así, el primer párrafo del Artículo 18 establece: "*Incumbirá a los padres... la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior*

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 prestarán la asistencia apropiada a los padres... para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño...” 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 de adoptar “...medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán 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.

El Artículo 3 de la Convención 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.” Asimismo, 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.

De la normativa antes descrita se establece que las niñas, niños y adolescentes son sujetos de derechos y cualquier determinación que se asuma debe estar enmarcada al interés superior de estos (art.220 inc.k) de la ley 603), y sobre todo las diferentes normas nacionales e internacionales determinan que, en cualquier decisión que se disponga la guarda y régimen de visitas se debe escuchar la opinión de las hijas o hijos siempre y cuando los mismos estén en la posibilidad de emitir **su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten en función de su edad y madurez**.

Para nadie es desconocido que en los procesos desvinculatorios nacen dos derechos, uno el Derecho de Guarda que es otorgado según lo determina el art. 212 III de la ley 603 al progenitor que tenga el mejor cuidado e interés moral y material de estos y también se genera el Derecho de Visita previsto en el art.216 I) de la ley 603 que prevé que la madre o el padre que no ha obtenido la guarda de su hija o hijos tiene el derecho y el deber de visitas en las condiciones que fije el juez.

Se ha visto a lo largo de estas últimas décadas que uno de los problemas que tenían los Jueces de Familia eran que algunos padres o madres que tenían la guarda de sus hijas o hijos, entorpecían el régimen de visitas privándolos a los progenitor o progenitora que no obtuvieron la guarda de sus hijos a ver a sus hijos, es así que el nuevo Código de las Familia promulgado el 19 de noviembre de 2014 y que entro en vigencia plena en febrero de 2016, ha previsto en el art. 216 III que “**En los casos en los cuales la madre o el padre que ha obtenido la guarda no permita de forma recurrente por tres (3) veces consecutivas el derecho de visita, previa verificación de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, la autoridad judicial revocará la guarda y la confiará al otro cónyuge o un tercero.**”

En principio parecía que esta norma resolvería el problema del entorpecimiento del régimen de visitas, sin embargo, a lo largo del tiempo se ha podido ver que esta norma no resuelve esta problemática, sino por el contrario se ha establecido que esta revocatoria de guarda puede causar y generar daños emocionales y psicológicos a los hijos, quienes deben ser considerados sujetos de derechos y no unos simples objetos del derecho a los cuales se les pueden cambiar de custodia, sin tomar en cuenta sus derechos ni la opinión que ellos tienen acerca de con quien desean vivir.

Ante estos hechos es de gran urgencia establecer una norma que pueda ser más efectiva, en cuanto al cumplimiento del régimen de visitas. En Chile existen disposiciones, que sancionan este incumplimiento a las Visitas, con sanciones pecuniarias o con arrestos para el padre o madre infractor, es en ese entendido que se deben viabilizar mesas de trabajo entre Jueces Psicólogos y legisladores para generar normas mas efectivas para viabilizar el derecho que tienen los hijos de estar tanto con su madre como con su padre.