

Derechos del menor ante la ruptura familiar

Por Angela C. M. Pinacchio*

Rights of the child with the family break

By Angela C. M. Pinacchio

*Es abogada por la Universidad J F Kennedy. Fue galardonada con la "Distinción A La Excelencia Universitaria" (Colegio de Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2006) y con el "Primer Premio: Juan Bialek Masset" (XVI Congreso Nacional del Trabajo, Colegio de Abogados San Miguel de Tucumán, 2009 por la ponencia titulada: "Teoría Sistémica de los Derechos Sociales". Actualmente participa como Investigadora en el Proyecto académico titulado: "El desarrollo del Derecho Internacional Público argentino a través de "Revistas Jurídicas Porteñas (1870-1950)", Departamento de Historia, Universidad J. F Kennedy. Es docente en la Universidad de la Marina Mercante. Participó en diversos congresos y jornadas nacionales.

RESUMEN: cuando los progenitores del niño decidieron la separación, giran en su entorno cruciales hitos para la vida de éste. En el ámbito judicial se suele discutir sobre: el régimen de visitas, la tenencia y la cuota de alimentos. Sin embargo, cuando el vínculo familiar se rompe la vida del menor entra en crisis por que este ha sido su primer ámbito afectivo y conocido de socialización. Por eso se enfatiza sobre los siguientes: el patrocinio del menor y el interés superior del niño con especial referencia a la Convención de los Derechos del niño, niña / adolescente. Tenemos costumbre de estudiar los derechos del menor bajo tres ítems: régimen de visitas-tenencia y alimentos. Observando la realidad se procura concertar a la reflexión analítica y prodigiosa del estudio jurídico en la creencia de que brindará un aporte primigenio respecto de los derechos del menor cuando los padres deciden separarse.

ABSTRACT: When the child's parents decide to separate, turn in your environment crucial milestones in the life of this. In the judicial sphere is usually discuss: the visitation rights, tenure and alimony. However, when the family bond is broken the child's life is in crisis because this was his first known field of affective and socialization. So the emphasis on the following: the sponsorship of children and the interests of the child with special reference to the Convention on the Rights of the child / adolescent. We custom to study the rights of children under three items: visitation and food-holding. Noting reality seeks to enter the

prodigious analytical thinking and the law firm in the belief that primordial provide a contribution to the rights of the child when parents decide to separate

PALABRAS CLAVES

Menor – Derechos – Normas – Capacidad – Procedimiento – Familia – Responsabilidad – Padres

KEYWORDS

Child – Rights – Standards – Capacity – Procedure family – Responsibility – Parents

SUMARIO: I. Introducción. II. Cuestiones sobre el procedimiento, el interés superior del menor y su asesoramiento independiente. III. Conclusión.

I. Introducción

El objetivo de la presente será analizar distintos temas que le incumben al menor cuando sus padres no conviven bajo el mismo techo, quedando someramente englobados en discusiones de tipo procesal sobre las que no se hace mucho hincapié. Es menester mencionar: el abogado del niño, la capacidad progresiva y sobre todo el tan evocado interés superior del niño declarado por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, Niña y Adolescentes que, conforme mandato constitucional, tiene igual jerarquía para complementar los derechos, declaraciones y garantías.

Cuando los progenitores decidieron su separación, giran en torno del niño cruciales hitos para su vida. En el ámbito judicial se suele discutir sobre el régimen de visitas, la tenencia y la cuota de alimentos. Sin embargo cuando el vínculo familiar se rompe la vida del menor entra en crisis porque aquél fue su primer ámbito afectivo y conocido de socialización.

En la modernidad la familia cumplía su papel educador tomando como ejemplo los valores morales. En la actualidad asistimos a una realidad compleja donde la familia no cumple aquel rol y los sistemas educativos no están

preparados para asumir un papel diferente. Podemos citar al respecto prestigiosos autores como Fernando Savater¹, por ejemplo, que hace referencia a la necesidad de que alguien desista de la inmadurez como forma de hacer frente a tanta relativización social. Desde la mirada de este autor, la realidad aparece con grandes telones que esconden otro escenario: la crisis de la humanidad y de la familia, entre otros, son de debate actual.

La familia debe dar los primeros ejemplos de vida al ser que forma en un clima de afecto. Su inestabilidad radica en la promoción de la juventud como única forma de vida pero no puede totalmente disimularse esa madurez ya que su signo más característico es asumir responsabilidades. Por eso en el intento afanoso del ser que desea eternamente ser joven convoca su inmadurez. Pero el autor advierte que una familia funciona educativamente cuando alguien se resigna a ser adulto. Podríamos referirnos al mismo tiempo a una crisis de autoridad que implica una antipatía contra la posibilidad de ocuparse personalmente de la familia de la que se es responsable. Esto se vincula con la idea de la eterna juventud y con una falsa creencia de que autoridad es sinónimo de mandar. Dentro del eclipse familiar está incluida la figura paterna. Mucho de esto tiene que ver con la irrupción de la televisión en nuestras vidas. Los medios tecnológicos actuales todo lo muestran y todo lo descubren ante nuestros ojos utilizando los mismos métodos de socialización primaria para educar. La tarea, para quien renuncia a ser eternamente joven, será que los infantes, potenciales adultos futuros, comprendan del valioso ejemplo de la responsabilidad de sus padres. Todas estas cuestiones invitan a la reflexión pero también a repensar el Derecho de Familia. La representación del infante inocente que anhelaba el saber de los mayores, se transformó en un cuento fantástico sobrepasado por la realidad de niños que perdieron la inocencia por que todo lo han descubierto tempranamente. Se procura concertar a la reflexión analítica y prodigiosa del estudio jurídico en la creencia de que brindará un aporte primigenio respecto de los derechos del menor cuando los padres deciden separarse.

¹ Fernando Savater, *El Valor de Educar*, Buenos Aires, Editorial Ariel, 2008, p. 59.

II. Cuestiones sobre el procedimiento, el interés superior del menor y su asesoramiento independiente

La regla ética por excelencia del abogado de familia y de la administración de justicia debería ser aunar a las partes en conflicto para que el menor encontrara respiro en la pacificación ya que, después del primer round, ninguno de los progenitores terminará completamente satisfecho. Entiendo que en esto se dio un primer paso al introducir la mediación previa obligatoria.

Pero, por otro lado, existen cuestiones que competen a los menores y que hacen al derecho de forma. Aquellos deberían ser asistidos ante la justicia independientemente de sus padres. Los defensores del menor bregaría por sus propios intereses independientemente de las subjetividades de sus padres. No se discute el derecho de la persona, aún en su menor edad, a ser oída por un juez independiente. Pero ello no es lo mismo que acceder a la jurisdicción.

Según Bidart Campos², el acceso a la jurisdicción implica no solo ser oído sino también tener acceso a la defensa letrada. Nos referimos, puntualmente, a la figura conocida como abogado del niño, surgida de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y del texto de la ley nacional 26.061 en su artículo 27.

Los menores pueden participar de dos formas: en primer lugar a través de la escucha y, en segundo, defendiendo su posición por derecho propio. Muchos padres piden que se escuche al menor en el juicio y muchos, también, reniegan de ello. Si legalmente la escucha es tan necesaria, ¿cómo puede sostenerse su inconveniencia?

La práctica tribunalicia indica que la misma suele denegarse. Según análisis psicológicos solicitados previamente a la concesión de un derecho que parecería más del adulto que del niño, la escucha, dicen, afectaría al menor. Argüyen, también, su improcedencia argumentando que la participación del menor en el proceso puede afectarlo emocionalmente, por la puja de sus padres o por el clima de tensión que existe entre ellos. Olvidan, de esta

² Germán J. Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, t. II, tercera edición, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1998, pp. 285-292.

manera, que las luchas no sólo son vividas en el tribunal sino también dentro de sus casas conociendo la violencia que existe entre sus padres. La defensa del niño se transforma así en la posible defensa del adulto. Muchos convencidos de esto rechazan, en silencio o justificadamente, el pedido del progenitor de que el juez escuche a su hijo/a.

Un sector de la doctrina sostiene que, en el siglo XXI, los adolescentes y niños pueden actuar en juicio ora emitiendo su opinión, ora actuando por derecho propio. En principio, para poder ejercer un derecho es necesario conocerlo o, por lo menos, tener comprensión de él independientemente de su existencia material. Por otro lado, también implica tener las posibilidades reales de acceder a él. En la práctica tribunalicia no podemos sólo alegar la mera facultad del ejercicio del derecho de defensa, debemos exigir que la misma sea una obligación legal. El rito indica que el progenitor se presenta por derecho propio y en representación de sus hijos menores sujetos a su patria potestad.

Gil Domínguez³ afirma que la ley 26.061 es de aplicación para todo el territorio argentino, en mérito al deber del Estado Nacional de cumplir con las obligaciones internacionales asumidas. Por lo tanto, lo que queda reglamentado en esta normativa es de aplicación inmediata y obligatoria para todas las provincias argentinas. Esta ley dió un vuelco en la materia al posibilitar que a los niños y adolescentes se les reconozca capacidad de hecho para presentarse en juicio. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas/os y adolescentes en cualquier procedimiento judicial la posibilidad de contar con un letrado. Por lo tanto, tendrán los siguientes derechos: a) ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite; b) que su opinión sea tomada en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) ser asistido por un letrado desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya; d) en caso de carecer de recursos para ellos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; e) participar activamente en todo

³ Andrés Gil Domínguez, "La ley de protección integral de los niños, niñas y adolescentes y la competencia del Estado Federal, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", *Revista de Derecho de Familia*, Buenos Aires, *Editorial Lexis Nexis*, 2007, n° 35, julio-septiembre, p. 26.

el procedimiento; y, por último, el derecho a recurrir ante el superior ante cualquier decisión que lo afecte.

La realidad indica que el padre no conviviente es el que reclama la escucha. Ésta no es un derecho reconocido sino condicionado a exámenes psicológicos previos. La opinión y la defensa independiente del menor no son de práctica obligatoria en el rito. Consecuentemente, en el procedimiento de familia donde se discuten los derechos que determinarán su formación para el futuro, el menor sigue sin defensa propia e independiente de la de sus padres. Los intereses del menor no necesariamente van de la mano con los intereses del progenitor. Esa sola probabilidad obligaría la convocatoria de un abogado independiente destinado a asesorar al menor. Esta falta de conocimiento, comprensión, información y asesoramiento no lo habilita, por ejemplo, al ejercicio de otros derechos tales como la posibilidad de recurrir resoluciones que lo afecten directamente.

Podemos visualizar que en esta temática existe una doble posibilidad: 1) El derecho del menor a expresarse libremente en los procesos que involucran intereses que lo afectan y 2) el derecho del menor de defenderse por intermedio de alguien que exprese técnicamente su voluntad.

En opinión de distintos doctrinarios, los operadores jurídicos continúan considerando excepcional la citación de estas personas para que sean escuchadas dentro de los procesos judiciales, prejudiciales y administrativos que los involucran. Cuando debería ser de requerimiento obligatorio.

En opinión de algunos, el abogado del niño realiza una defensa técnica diferente a la que hacen los representantes legales y promiscuos y diferente, también, a la que encara el tutor *ad litem*.

Morello⁴ explica, que esta última, es la figura con la que guarda más similitudes pero no por ello debe asimilárselas. El tutor *ad litem* es un defensor

⁴ A. Morello, "La influencia de los procesos de familia sobre la litigación civil", *Revista de Derecho Procesal*, Santa Fe, *Rubinzal-Culzoni*, 2002, nº 1, pp. 212 -312.

designado por el juez en aquellos procesos en que los intereses de los niños / niñas y adolescentes se contraponen con los de sus representantes habituales. El juez dispone cuándo corresponde su designación eligiendo a la persona que va a ejercer la función siempre que existan intereses contrapuestos entre el menor y quienes deban representarlo con relación a ese litigio.

Tratándose del abogado del niño, es el menor quien decidirá cuándo acudir a un profesional de su confianza para que lo patrocine en un proceso judicial, siendo innecesario que sus representantes legales tengan intereses encontrados con los suyos, puesto que puede optar por este asesoramiento en aquellos casos en que los padres no tengan intervención ni interés personal en el resultado.

La mera facultad del menor de acudir o no a un letrado para la defensa de sus intereses, aún cuando no haya puja entre estos con el de sus progenitores, es discutible. En principio, puede un menor decidir sobre la conveniencia o no de un letrado particular. No aludimos a la realidad cuando predicamos los derechos del niño/as y adolescentes. Las tareas del abogado del menor, en teoría, son asesorar y aconsejar con relación a los intereses de su cliente, actuando con las limitaciones o alcances que éste le marque. No importaría aquí preponderar el interés superior sino seguir las instrucciones del cliente, valorizando la subjetividad del interesado.

La ley argentina no especifica la edad a partir de la cual puede designar su propio abogado. La doctrina se ocupó de esta laguna. El abogado del niño es un personaje ligado al principio de capacidad progresiva, que, justamente, aparece a raíz de la madurez y desarrollo del niño para participar en el proceso. El abogado no sustituye la voluntad de éste, sino que la reproduce o transmite al juez mediante su defensa especializada, como ocurre con cualquier adulto.

El concepto de capacidad progresiva se sustenta en las prescripciones sobre la Convención de los Derechos del Niño y la ley 26.061. Los artículos referentes a la capacidad dispuestos en el Código Civil deberán ser

reinterpretados por la judicatura, siguiendo los lineamientos de normativas internacionales. Los niños, entonces, podrán ejercer todo lo que hace a sus derechos personalísimos sin acudir al auxilio de terceras personas, en la medida de su madurez y desarrollo. Ello a pesar de lo que surge de la fría lectura de los artículos del Código Civil.

El menor debe tener catorce años para actuar con patrocinio letrado. Algunos doctrinarios cuestionan este criterio considerándolo atentatorio del concepto de capacidad progresiva regulado e inspirado en la Convención Internacional de los Derechos del Niño y pretenden demostrar que hay personas menores de aquella edad que podrían actuar por derecho propio, sin necesidad de contar con la acción de sus representantes. Esto es una mera formulación teórica. Lejos de ser un principio de aplicación es un absurdo. No podemos pensar en un menor con capacidad de decidir, por ejemplo, la contratación de un abogado, costearlo, o decidir de *motu proprio* asesorarse independientemente de sus padres. Ni económica, ni afectivamente pueden tomar *per se* esas decisiones, sin esperar, al mismo tiempo, ser amedrentados por la figura de quien ejerce la autoridad en el hogar que, va de suyo, es quien ejerce la patria potestad. Quizás la forma de acercarse más prontamente al menor y saber sus necesidades es a través del colegio donde asiste asiduamente. Esta propuesta está alejada de lo que en la verdad de los hechos sucede. No existe aunque de serlo sería positivo. Siendo numerosas las ventajas de articular a los colegios con el trabajo del Poder Judicial.

El ejemplo más paradigmático, probablemente, lo encontremos analizando la situación planteada en los juicios de tenencia. En ellos las dos partes principales son la madre y el padre de los niños involucrados. Quedan fuera de este contexto tradicional, por ende, las personas sobre quienes va a recaer la resolución del litigio, los hijos.

Debemos tener presente que estos terceros no son cosas sino personas, sujetos de derecho, circunstancia que parece olvidarse. El tema que se plantea es, pues, cuál es el papel que ellos ocupan dentro de la estructura del proceso. Si pensamos una vez más en lo que ocurre en un juicio por la custodia de los

hijos, podemos advertir que la voluntad de éstos puede verse reflejada o coincidir con los intereses que expresa alguno de sus padres pero lo más probable es que ello no suceda.

Por consiguiente, en todas las circunstancias en que los intereses de los hijos no están reflejados en los de alguna de las partes correspondería darles algún tipo de intervención y permitirles tener los mismos derechos de acción que tienen las otras dos partes. No basta aquí con la citación como testigo o tercero por más amplia que sea esta conceptualización. Se pueden plantear situaciones diversas en otros asuntos como ser el de alimentos donde la madre, que ejerce normalmente el derecho de custodia, reclama una cuota al padre. Cuantas veces, en audiencias del fuero, sin encontrar anuencia entre ellos, simultáneamente se discute este asunto complejo junto con el de régimen de visitas. Más bien los hijos pueden convenir con sus padres en el pago de alimentos en especie y en una cercanía mucho más afín respecto de su régimen de visitas. Mientras esto no pueda implementarse recae en el deber del juez determinar donde empiezan los intereses de los progenitores custodios de sus hijos menores y donde finalizan en el complejo discurso de sus palabras mezclando los intereses del menor con sus carencias personales.

Gil Domínguez⁵ entiende que el menor tiene un derecho pero no un deber de intervenir en el proceso. Pero ¿por qué tiene esta facultad? No coincido por cuanto hace falta una intervención conciente del Estado. Que resguarde el interés superior del menor que no puede a merced de sus padres quedar postergado. Ya que los intereses del menor se ven comprometidos en el preciso instante en que se produce el desvínculo familiar. Quizás deberíamos plantearnos la necesidad de convocar al orden público en los procesos de familia. Aquél estándar jurídico que nos permita calibrar el sentido de las normas. Cuando la realidad dista de ser muy alejada a éstas y son en demasía sus injusticias. Hace falta plantearse la convocatoria del Estado en estas cuestiones. La pregunta debería ser ¿puede el menor elegir libremente entre

⁵ Andrés Gil Domínguez, "La ley de protección integral de los niños, niñas y adolescentes y la competencia del Estado Federal, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", *Revista de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis, 2007, n° 35, julio-septiembre, p. 27.

ejercer un derecho que apenas conoce o que comprendiendo no puede pensar su existencia independientemente de sus padres? El conflicto que produjo el desvínculo no surgió entre los hijos con sus padres sino entre adultos que tienen responsabilidad sobre sus hijos.

Miles de expedientes quedan atrapados en una maraña de intereses contrapuestos que se expresan en una incidencia judicial que trasciende durante el lapso de minoridad del niño/a y adolescente. El menor tiene un derecho superior, no contemplado por políticas de estado, el de crecer en el hogar que mejor le garantice conocer al progenitor no conviviente y recibir sus alimentos (que no comprende solo la manutención). Los fallos frecuentemente aluden al Derecho Natural haciendo hincapié en la naturaleza de las cosas, los deberes y derechos emergentes de la autoridad de los padres y sobre todo el subordinante interés de los menores. Mucho se discute sobre “el interés superior del niño”. Se sostiene que éste no es el único ni tampoco el excluyente y que primero deberán armonizarse las posiciones de todos los involucrados en la trama. Pero en cuestiones prácticas hay una verdadera imposibilidad de saber a qué nos referimos con este criterio subjetivo. Sin embargo, no se ha precisado algo tan sencillo como desde cuándo se ve afectado ese interés. Podemos ubicar un parámetro objetivo en el vínculo familiar. Una vez roto surge el interés superior de niño que hasta tanto no era objeto de medición en los fueros de familia.

Cuando estalla el conflicto que provoca la desunión surge para el niño la necesidad de resguardar sus intereses que son superiores a las cuestiones pasionales de sus padres. Podríamos entonces bregar por la unión familiar pero rota la misma será necesario pensar en cuestiones tales como los alimentos para el menor y su contacto afectivo con su progenitor no conviviente. Roto el vínculo familiar, adquieren entidad propia los intereses del menor y se hace necesario que alguien, independientemente de sus padres, salga a la defensa de sus propias conveniencias. Los conceptos de padre y madre quedan consolidados con el vínculo familiar, en cambio, el de progenitor es biológico y no siempre quedarán emplazados como padre y madre. El concepto de derecho de visitas tiene su origen en un fallo de la Corte de

Casación Francesa del 8 de Julio de 1957. Los términos que han sustituido al tradicional derecho de comunicación, de relación, derecho a una adecuada comunicación y supervisión de la educación. En dicho fallo se permitió el derecho de visitas de los abuelos, sentenciando que el padre no puede ser el único juez y soberano que impida injustificadamente la relación con sus hijos. El derecho de visitas es un derecho inalienable de los progenitores cuando quedó fracturada la normal convivencia pero es por sobre todo un deber; más aún una función pues resulta a la vez un derecho impostergable del menor mantener una adecuada comunicación y trato con aquellos ya que ello contribuye en condiciones normales sus condiciones más aptas para su formación sana e integral. El derecho de visitas viene a suplantar la falta de convivencia con algunos de sus padres, como tal, es autónomo con independencia de la cuota de alimentos. No es un límite al ejercicio de la patria potestad. Con la característica de ser personalísimo, intrasmisible, inalienable, implica una relación afectiva y espiritual que trae aparejada la ruptura del vínculo familiar.

Se han preguntado si la suspensión del régimen de visitas es una medida conveniente ante la falta de pago de los alimentos. Lo cierto es que tanto uno como otro son importantes pero no excluyentes, puesto que los alimentos no pueden suplantar la presencia del padre o de la madre en la casa. El juez goza de gran discrecionalidad pero su decisión deberá apuntar prioritariamente al interés superior del menor teniendo en cuenta la necesidad de éste de concretar una buena relación con el progenitor no conviviente dentro de las alternativas poco favorables que apareja la ruptura del núcleo familiar.

La jurisprudencia resuelve que deben tenerse en cuenta las siguientes pautas: 1) posibilitar una mayor fluidez, 2) no desconocer los derechos del otro progenitor, 3) tener en cuenta que el crecimiento impone etapas de socialización que se intensifican con los años. Se ha dicho que el régimen de visitas no puede ser tan amplio que configure una especie de tenencia compartida no admitida por la jurisprudencia de nuestros tribunales. Con lo cual se afirma que la tenencia en sí implica unidad y permanencia en el tiempo y en el espacio. No es mi intención profundizar en estos temas, sí, en cambio,

acentuar que tanto los alimentos como el régimen de vistas hacen ineludiblemente al interés superior del menor. Una vez roto el vínculo familiar nace la necesidad de tener en cuenta al más indefenso. Habida cuenta de que durante la convivencia familiar no eran discutibles puesto que en la unión familiar tanto la presencia como el sustento económico hacen a la habitualidad del propio del hogar. La ruptura hace surgir un verdadero conflicto en torno a sus intereses que no son entre los padres sino entre los hijos y sus padres en conjunto. Lo cual debería hacernos reflexionar sobre la necesidad de convocar una mayor presencia del estado en estas cuestiones.

III. Conclusión

Según Margulis⁶, la adolescencia es un criterio social que pauta desde cuándo una persona debe de insertarse en la sociedad. Mientras que en el siglo XIX se la veía como una verdadera patología, en el siglo XXI asistimos a la moda joven. Sin olvidar que el término en sí se usó siempre en masculino puesto que, a diferencia de la mujer que prontamente accedía al matrimonio, el varón era destinado a la formación secundaria de creación burguesa. De la misma manera notamos una evolución en la noción de niño/a, a medida en que iba atenuándose el pensamiento determinista de la vida y el desarrollo científico incrementó las expectativas de vida del hombre. La niñez llegó, de esta manera, a ser un criterio cada vez más marcado. Jesús Palacios⁷ explica que durante el siglo XVIII, la adolescencia se populariza por la necesidad de mano de obra especializada.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño/a y Adolescente remite a conceptos que no acuerdan con el Código Civil Argentino. Sin embargo, la globalización introduce nuevos paradigmas que alcanzan temáticas sociales y culturales intensificando a escala mundial las relaciones intersubjetivas. El concepto de niñez y adolescencia no tienen un origen legal aunque luego puedan ser receptados por el Derecho para la regulación de

⁶ Mario Margulis, *La Juventud Es Más Que Una Palabra*, Buenos Aires, Editorial Biblos, 2008, p. 15.

⁷ Jesús Palacios – Álvaro Márchese y César Coll, *Introducción a la Psicología Evolutiva. Historia. Conceptos básicos y metodología en Desarrollo Psicológico y Educación*, Madrid, Editorial Alianza, 1998, p. 25.

conductas. Son criterios culturales los que definen al ser o como niño o como adolescente y son sus parámetros valorativos los que debemos tener en cuenta. El vocablo que más se aproxima al derecho positivo vigente e inclusive desde un ángulo pragmático es el de menor (adulto e impúber). Dando cuentas de otra realidad que hace hincapié en la consecuencia jurídica de tener 14, 18 o 21 años. Es decir, refiere directamente a la capacidad legal. Sin embargo, debemos observar que ni la práctica ni el texto de los artículos del Código Civil nos remiten al concepto de capacidad progresiva que la Convención Internacional de los Derechos del Niño/a y Adolescentes alude. Por lo que es menester una profundización en esta temática. La biblioteca se encuentra dividida entre quienes propugnan la posibilidad de suspender el régimen de visitas ante el incumplimiento del pago de la cuota de alimentos y la no suspensión de este derecho bajo ningún concepto habida cuenta de que su contra cara no es el pago de alimentos. Al fin de cuentas, una discusión legítima en la medida de que el mismo Código no es claro al respecto. El derecho de visitas se regula bajo el título de los “derechos y deberes de los parientes” priorizando el tema alimentos y dejando un solo artículo al primero a pesar de ser un tema tan controvertido en el marco jurisprudencial.

La ausencia de regulación habilita a resolver la suspensión del derecho de visitas al progenitor que, cualquiera sea la causa, no aportó alimentos a sus hijos, sanción que va, también, en detrimento de éstos. La ruptura familiar puede, de esta manera, redundar en dificultades prácticas y en soluciones poco felices para el menor.

La regla ética por excelencia del abogado de familia y de la Administración de Justicia debería ser acordar a las partes en conflicto. De esta manera, el menor encontrará alivio en la pacificación. Un primer paso al respecto fue la introducción de la mediación previa obligatoria. Existen otras cuestiones vinculadas con la minoridad que hacen al derecho de forma. Los menores, a través de sus defensores, deberían contar con asistencia judicial independiente. Éstos defenderían sus intereses prescindiendo de la subjetividad de sus padres.

En materia de familia, todo impone la necesidad de repensar tanto el derecho de fondo como el procedimiento incluyendo al menor en el proceso como principal interesado. La inquietud sobre su mentada discrecionalidad para intervenir o no da cuenta de la necesidad de una defensa independiente, conciente o no. De esta manera, su voz será un criterio obligatorio que propenderá a la defensa concreta de sus intereses. Se advierte necesario adecuar nuestra legislación al sentido de capacidad progresiva, teniendo en cuenta las connotaciones de la postmodernidad.

Se hace necesaria una mayor presencia del Estado en la materia y la articulación entre la labor de los colegios y la tarea del juez de familia. Las soluciones del derecho comparado podrán ser un punto de partida para la regulación de un nuevo sistema. Entendemos necesaria la instauración de un procedimiento totalmente oral adecuado a la inmediatez que requieren estos temas por ser de suma importancia a los intereses del menor su resolución expedita.