

MEDIDA AUTOSATISFACTIVA. Derecho de familia. Régimen de comunicación virtual.

Si bien puede resultar difícil de aceptar la idea de que los niños tienen derechos propios y fundamentalmente que sus intereses pueden diferir de los de sus padres, en relación al caso de autos toda restricción o supresión del régimen de adecuada comunicación debe estar condicionada a un concreto y acreditado peligro o daño para la salud física y tutelar el derecho del niño a mantener esa comunicación con su padre, indispensable para su buena formación.

En Argentina no existe una legislación específica que contemple la ausencia del contacto físico y tangible entre el progenitor no conviviente y su hijo, pero la expresión “adecuada comunicación” del art. 264 inc. 2 del Código Civil, más el art. 4 Convención sobre los Derechos del Niño (“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención...”) y el artículo 29 Ley 26.061 (“Los Organismos del Estado deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”) autorizan a admitir este tipo de contacto, porque fundamentalmente es la única forma de mitigar la incertidumbre de este niño con su padre ausente, saber de su vida y a su vez, relatarle sus experiencias, sus alegrías, sus dificultades y puede contribuir a que el padre se empiece a interesar más por la vida del hijo.

La medida autosatisfactiva debe declararse procedente imponiendo al demandado la obligación de suministrar a su hijo menor en el término de treinta días, una computadora con cámara web y tecnología suficiente para permitir que el niño tome contacto en forma provisional los Martes, Jueves y Domingos de cada semana, de 05:00 p.m., a 06:00 p.m., hora de Argentina y en ésta Provincia, vía Internet, a través del servicio del chat en el que se utilizará cámara en ambas computadoras, tanto en la del padre como la del niño, a fin de que los mismos puedan visualizarse, bajo apercibimiento de ordenarse la retención en sus

ingresos a tal fin. Asimismo se intima al demandado a suministrar su domicilio real.

Tribunal de Familia N° 5 de Rosario, 30/12/2008, FS C/ CE S/ REGIMEN DE COMUNICACION

N° 12.913
2.008

ROSARIO, 30 DE Diciembre DE

Y VISTOS: Los presentes caratulados: FS C/ CE S/ REGIMEN DE COMUNICACION. EXTE. N° 3589/08;

DE LOS QUE RESULTA: Que FS con patrocinio letrado incoa régimen de comunicación a favor de su hijo menor AC contra el Sr. CE. Relata que contrajo matrimonio el 11-3-1994, naciendo des esa unión AC el 4 de octubre de 1999. En 2004 cuando el niño tenía cuatro años el padre se trasladó transitoriamente a España desempeñándose actualmente como embarcado, no regresando. AC no ha podido tomar contacto pese a los reiterados pedidos, negándose a proporcionar información acerca del lugar donde reside y trabaja, ni teléfono donde llamarlo, siendo la única vía por teléfono celular esporádicamente y con los altos costos y por eso vive expectante de que su padre se comunique con él no pudiendo el niño hacerlo con el padre. Agrega que no tiene más la dirección de e mail para contactarse con lo cual no lo puede saludar para el cumpleaños, día del padre ni contarle sus progresos, inquietudes y angustias. Hace siete meses que no lo llama más, enterándose que el padre venía a pasar las fiestas con sus abuelos. Acompaña un informe psicológico. Propone como régimen de comunicación que el Sr. CE proporcione a su hijo los datos de residencia así como también los de la empresa donde trabaja para que AC pueda enviarle cartas, dibujos, obsequios, etc; un teléfono fijo donde el hijo pueda llamarlo a España y especialmente que se fije un régimen de comunicación virtual estableciéndose

Martes, jueves y domingo en horario a convenir y en sesiones de video Chat de una hora cada una para que AC y su padre puedan verse y hablar por Internet, con uso de cámaras. Atento a que AC no cuenta con computadora ni posibilidad de adquirirla peticona se ponga en cabeza de CE la obligación de proveer los medios tecnológicos necesarios a tal efecto. Ofrece prueba documental. (fs. 7/10)

Brindado el trámite pertinente, se convoca a audiencia donde no asiste el Sr. CE pese a estar debidamente notificado, haciéndosele saber en el decreto pertinente que en caso de inasistencia se procederá a resolver conforme las circunstancias de autos, cargándose en costas, sin perjuicio de la denuncia contemplada por ley 24.270. (fs. 11)

En la citada audiencia FS ratifica lo expuesto en la demanda y agrega que trabaja como reemplazante de portera en la Escuela Provincial XX, percibiendo mensualmente alrededor de \$1.000 los meses que trabaja. Refiere que está actualmente casada pero separada de hecho del Sr. CE desde hace cuatro años pues la idea era irse todos a España pero nunca se cumplió, manifiesta que las tías Vanesa y Marta C, hermanas del demandado le manifestaron a su hijo AC de 9 años que el padre se había ido a La Florida con la abuela la cual trabaja en un carrito de venta de "pororó". Sabe que el padre está en la ciudad de Tarragona, España pero desconoce su domicilio real. Debido a que sus ingresos no le permiten la adquisición de una computadora y siendo a través de la misma la única posibilidad que su hijo tiene para poder seguir comunicado con el padre surge el planteo hecho en la demanda. Sostiene que la relación del hijo con el padre era muy buena y su hijo maneja computación pues en la escuela le enseñan. Aclara que a la abuela paterna le llama una vez cada semana y el demandado le compró una notebook a la hermana y también a su hijo pero que era muy chico para usarlo, aunque desconoce si ello es cierto. También

las tías le dijeron a su hijo que el padre se vuelve a España para el 4 o 5 de enero de 2009 (fs 14)

Habiendo dictaminado en sentido favorable la Defensora General sumándole la recomendación de la continuidad del apoyo terapéutico (fs. 15), se encuentran los presentes en estado de resolver;

Y CONSIDERANDO. Que en autos la madre en representación de su hijo de nueve años pide la fijación de un régimen de comunicación virtual contra el padre quien vive en España, trabaja como embarcado, pero que no se comunica con el niño epistolar ni telefónicamente. Además solicita la adquisición de los medios tecnológicos para lograr la comunicación vía Chat y con cámara para visualizarse a través de Internet.

Que la legitimación activa y pasiva se encuentra acreditado a través de la partida de nacimiento y de matrimonio entre actora y demandado (fs. 1/2)

Que de las constancias de autos se tiene:

1.- En la audiencia convocada para oír a las partes pese a encontrarse debidamente notificado el progenitor no asiste, sí lo hace la actora, quien además de ratificar la demanda explica su carencia económica para adquirir una computadora y una cámara web para lograr la ansiada comunicación de su hijo con el padre a la distancia. (fs. 14)

2.- Del informe de la psicóloga tratante del niño, por consejo de la docente del año pasado, se puede leer que el niño está angustiado por la ausencia del padre, la incertidumbre acerca de su regreso y su incompreensión porque el padre "...no lo llama a su casa, sino que solo puede hablar con el desde la casa de su abuela paterna" . "el niño demanda de su padre amor, cuidado, interés por sus actividades ..." (fs. 3)

Las nociones de eficacia en el proceso y economía procesal alcanzan gran trascendencia, las que a su vez se encuentran estrechamente ligada al aspecto temporal, toda vez que el Derecho de Familia debe ser actuado en forma oportuna con la premura y prudencia que la cuestión exija, para conceder soluciones eficaces, y la protección contra toda forma de violencia familiar cabe dentro de éste entendimiento.

Que de los obrados se desprende la obstaculización e impedimento de contacto adecuado entre el progenitor y su hijo, por la conducta paterna, al mudarse al continente europeo sin suministrar un domicilio, ni teléfono, sumado a su trabajo como embarcado lo cual torna más difícil el contacto, hechos que configuran una violencia psíquica de acuerdo al decreto reglamentario de la ley de protección contra la violencia familiar e importa desconocer el mejor interés del menor contemplado en la Convención sobre los Derechos del Niño. Esa noción se emparenta con la de su bienestar en la más amplia acepción del vocablo y son sus necesidades las que definen su interés en cada momento de la historia y de la vida.

La presentación por tanto, enmarcaría jurídicamente dentro de la medida autosatisfactiva que la ley 11.529 establece –art. 5º-, al poseer como características particulares una solución autónoma urgente, no cautelar, despachable in extremis e inaudita parte, sin depender de la promoción de una acción de estado o de ejercicio de estado de familia ulterior, pues su finalidad se agota con la concesión o rechazo de la misma. (Jorge W. Peyrano –Director- “Medidas autosatisfactivas”, Ateneo de Estudios del Proceso Civil, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1999)

La medida se compone de una obligación dineraria consistente en la adquisición de una computadora con tecnología suficiente para establecer los contactos virtuales entre el niño y su padre no conviviente y de una

obligación de hacer: imposición de un régimen de adecuada comunicación virtual, todo lo cual importa un verdadero anticipo de la garantía jurisdiccional

En relación a los requisitos:

1.- La verosimilitud del derecho, surge de la existencia del vínculo matrimonial entre la actora – madre que representa al niño- y el demandado.

2.- La necesidad de quien la solicita –art. 264 inc. 2 Código Civil-

3.- la posibilidad económica del demandado de suministrar los elementos requeridos

4.- El despacho in extremis está representado por la presencia del padre en ésta ciudad y por un escaso período de tiempo y la eventualidad de escuchar su parecer en la audiencia convocada aunque con resultado negativo.

En la legislación actual los deberes de la patria potestad no son deberes disponibles. Son los llamados derecho-deber, cuyo ejercicio es obligatorio (como ocurre con el derecho de éste niño a tener amplia posibilidad de comunicación con su progenitor), y aunque resulte paradójico que sea al mismo tiempo derecho y deber, lo que pasa es que el derecho y el deber se poseen en relación con acciones distintas.

Con la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño a la Constitución Nacional se modifica en forma profunda y radical la concepción de la niñez y por otra parte la normativa obliga al Estado, la familia y la comunidad a establecer nuevas maneras de pensar y actuar en relación con las generaciones más jóvenes. Se abandona la concepción del niño como incapaz, se intenta lograr el respeto de todos sus derechos, y se fija el reconocimiento de una protección adicional.

Si bien puede resultar difícil de aceptar la idea de que los niños tienen derechos propios y fundamentalmente que sus intereses pueden diferir de los de sus padres, en relación al caso de autos toda restricción o supresión del régimen de adecuada comunicación debe estar condicionada a un concreto y acreditado peligro o daño para la salud física y tutelar el derecho del niño a mantener esa comunicación con su padre, indispensable para su buena formación.

Lo expuesto está íntimamente imbricado con la autodeterminación del niño lo cual conlleva a la exigencia de razonar distinto a fin de consagrar en forma efectiva de la idea de sujeto de derecho. De acuerdo a la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061 se debe resolver conforme su voluntad, a menos que se demuestre que su opinión o de la de su representante legal –como en el caso la Defensora General que lo representa- es contraria a su mejor interés.

La aludida Convención Internacional, además consagra la obligación y responsabilidad de ambos progenitores en la crianza y desarrollo del hijo (art. 18.1), propugnando el derecho de éste a no ser separado de sus padres

(art. 9.1) y a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos (art. 9.3. y 10.2).

Los antecedentes jurisprudenciales son todos de éste siglo y no solos silogismos del que la ley sería la premisa mayor y el caso la menor, sino que contienen como fundamento ineludible la tecnología comunicacional como la fuerza más creativa del momento aplicada a favor de la primera generación de niños en haber conocido un panorama mediático diversificado, dado que su nacimiento coincidió con la revolución audiovisual.

Así entre los pioneros cabe citar a Tribunales norteamericanos que autorizan el contacto mediatizado entre hijos y padres que no ejercían su custodia, siendo una de las primeras la pronunciada en 2001 por la División de Apelación del Tribunal Superior de Justicia del Estado de New Jersey. (nota publicada el 5 de enero de 2001 en el Washington Post titulada “Un Tribunal considera suficiente las visitas virtuales”, p. A12 o en <http://washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A26000-2001Jan5.html>. También puede consultarse Family Law Quarterly - Vol. 36, No. 3, Fall 2002 - Publication Date: January 2002, Sarah Gottfried, Virtual Visitation: The Wave of the Future in Communication Between Children and Non-Custodial Parents in Relocation Cases, 36 FAM. L. Q. 475 (2002). (Need to order from the ABA).

En la legislación internacional, los estados de Utah, Wisconsin, Texas y Florida en EEUU., promulgaron una legislación específica que prevé este tipo de comunicación. Venezuela desde 1998, regula por “La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente”, la patria potestad, aunque siguen vigentes en la materia algunas disposiciones del Código Civil y la citada ley en su sección cuarta sistematiza lo atinente a las visitas

correspondientes a los padres que no ejerzan la patria potestad o que ejerciéndola no tengan la guarda del hijo, señalándose un doble juego de derechos: el derecho paterno a visitarlo, y el del niño o adolescente a ser visitado y en su artículo 386 determina que las visitas “pueden comprender cualquier otra forma de contacto entre el niño o adolescente y la persona a quien se le acuerda la visita, tales como: comunicaciones telefónicas, telegráficas, epistolares y computarizadas”.

En Argentina no existe una legislación específica que contemple la ausencia del contacto físico y tangible entre el progenitor no conviviente y su hijo, pero la expresión “adecuada comunicación” del art. 264 inc. 2 del Código Civil, más el art. 4 Convención sobre los Derechos del Niño (“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención...”) y el artículo 29 Ley 26.061 (“Los Organismos del Estado deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”) autorizan a admitir este tipo de contacto, porque fundamentalmente es la única forma de mitigar la incertidumbre de este niño con su padre ausente, saber de su vida y a su vez, relatarle sus experiencias, sus alegrías, sus dificultades y puede contribuir a que el padre se empiece a interesar más por la vida del hijo.

Respecto de la compra de los elementos tecnológicos indispensables, para lograr el contacto pretendido, el uso masivo de la computadora, el mensaje de texto y el chat recurso que en Internet permite comunicarse en forma de texto con otro usuario y la pantalla de los teléfonos móviles, entre otros, resulta ineludible para enlazar electrónicamente de manera instantánea y simultánea al niño y su progenitor.

Lo expuesto no significa desconocer que tanto los padres como sus hijos de carne y hueso necesitan 'tiempo real', encuentro directo que se dificulta notablemente entre un niño de nueve años y su padre alejado desde hace cuatro años, en otro continente, océano de por medio y con claras señales de no tener la voluntad de concretarlo. Estas "visitas virtuales" obviamente no pretenden ser sustitutos de los contactos telefónicos, ni de encuentros reales, pero posibilitan hacer sentir la presencia del padre más cercana y al sumarse la cámara es una forma de dialogar con imágenes, en forma más interactiva.

Es indispensable jerarquizar el principio constitucional de la tutela judicial efectiva como fundamental y básico para la protección de los derechos de los niños "La directiva dada por la ley a los jueces en los casos en que se solicita su intervención con carácter supletorio de la voluntad de los progenitores, se orienta hacia la protección, no del interés de uno solo de ellos sino de lo que "convenga al interés familiar". La prescripción apunta así a impedir el ejercicio antifuncional o abusivo de la patria potestad, la que se define como el conjunto de derechos y deberes que se atribuyen a los padres, pero en correspondencia directa con la protección y formación integral de los hijos (art. 264, Cód. Civil) ", (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Mayo, 13-1988, LL, 1989-D-122).

Como forma de consagrar ese mejor interés y de respetar su condición de sujeto de derecho de los niños involucrados debe promoverse la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, entorpezcan su pleno desarrollo.

Conforme a ello y como medida autosatisfactiva se impondrá al demandado la obligación de suministrar a su hijo menor en el término de treinta

días, una computadora con cámara web y tecnología suficiente para permitir que el niño tome contacto en forma provisional los Martes, Jueves y Domingos de cada semana, de 05:00 p.m., a 06:00 p.m., hora de Argentina y en ésta Provincia, vía Internet, a través del servicio del chat en el que se utilizará cámara en ambas computadoras, tanto en la del padre como la del niño, a fin de que los mismos puedan visualizarse, bajo apercibimiento de ordenarse la retención en sus ingresos a tal fin. Asimismo se intima al demandado a suministrar su domicilio real.

Que según el dictamen de la Defensora General favorable a la medida pretensa, se recomienda la continuidad del apoyo terapéutico que recibe el niño (FS. 15)

En cuanto a las costas y a tenor del apercibimiento contenido en el primer decreto ante la ausencia del demandado, se le impondrán a su cargo (art. 251 del CPCCSF)

Por todo lo expuesto, art. 67 de la LOPJ;

RESUELVO: Admitir la presente como medida autosatisfactiva y en consecuencia:

1.- Imponer al Sr. CE la obligación de suministrar una computadora con cámara web y tecnología suficiente para contactos virtuales dentro del término

de treinta días bajo apercibimiento de ordenarse la retención en sus ingresos a tal fin;

2.- Establecer que el niño AC tome contacto con su progenitor CE, en forma provisional los Martes, Jueves y Domingos de cada semana, de 05:00 p.m. a 06:00 p.m., hora de Argentina y en ésta Provincia, vía Internet, a través del servicio del chat,

3.- Intimar al Sr. CE a denunciar su domicilio real;

4.- Imponer las costas al demandado;

5. - Regular los honorarios profesionales de la Dra. Lorena S. Capella en SEISCIENTOS PESOS (\$600), 3,89 JUS;

6.- Los honorarios regulados deberán ser cancelados dentro de los treinta días contados a partir de la fecha en que quede firme el presente, estableciéndose a los fines previsto en el art. 32 de la ley 6767 modificado por ley 12.851, que desde dicha fecha y en caso de falta de pago se aplicará un interés moratorio calculado sobre la base de la tasa activa sumada para operaciones de descuento de documentos que rija en el Banco de Santa Fe..

Atento la urgencia autorizar la notificación en el día.

Notifíquese a Caja Forense Insértese y hágase saber.-

FDO. RICARDO J. DUTTO -Juez-. LUIS A. BITETTI -Secretario-