

# Todo lo que debés saber sobre el régimen de comunicación provisorio como medida cautelar

Por Dr. Claudio Belluscio 24/04/2018 Civil, Familia



Los juicios de divorcio o nulidad del matrimonio pueden durar meses o quizás años, hasta que concluyan mediante el dictado de la sentencia respectiva.

Si durante el transcurso de los mismos se produce una separación de hecho entre los cónyuges (situación que normalmente ocurre) o, más aún, el juez decreta alguna de las medidas a que lo faculta el art. 721 del Código Civil y Comercial de la Nación (la atribución del hogar familiar a uno de los cónyuges o la atribución provisoria del cuidado personal unilateral de los hijos menores) es lógico que el progenitor que ya no convive con sus hijos no deba esperar hasta la finalización de esos juicios para seguir teniendo contacto con aquellos.

Lo contrario, implicaría cercenarle su derecho de comunicación, reconocido por el art. 264, inc. 2º y, también, por el art. 9º inc. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por lo tanto, el progenitor que ya no convive con sus hijos, tendrá derecho a petitionar un régimen de comunicación provisorio destinado a regir durante el transcurso de esos procesos, el cual sólo podrá ser denegado cuando existieran causas muy graves que impidieran la fijación de ese régimen.

Se estableció que, para fijar el régimen de comunicación provisorio, no es óbice que aún no se hubieren realizado los informes psicoambientales, ya que ello no requiere un dictamen previo de facultativos sobre la idoneidad del solicitante de dicho régimen, aunque nada implica que no se ordene al tiempo de su concesión aun no estando el expediente abierto a prueba.

Asimismo, se resolvió que “corresponde confirmar la resolución de grado que estableció un régimen de comunicación provisorio a favor del accionante, pues no surge de las constancias aportadas a la causa que el régimen fijado resulte inconveniente al interés supremo del menor interesado, quien también es titular del derecho de visitas reclamado por su progenitor”.

En la ciudad de Buenos Aires cabe la posibilidad de que este régimen de comunicación provisorio sea fijado o acordado en la audiencia que señala el art. 34, inc. 1º, párrafo segundo del CPCCCN, ya que en esa norma se dice: “...En los juicios de divorcio, separación personal y nulidad del matrimonio, en la providencia que ordena uel traslado de la demanda, se fijará una audiencia en la que deberán comparecer personalmente las partes y el representante del Ministerio Público, en su caso. En ella el juez tratará de reconciliar a las partes y de avenirlas sobre cuestiones relacionadas con la tenencia de los hijos, régimen de visitas y atribución del hogar conyugal”.

En tanto, en el orden nacional el nuevo Código Civil y Comercial lo contempla en su art. 721.

En cuanto a la posibilidad de solicitar y establecer el régimen de comunicación provisorio el art. 721 del CCCN decreta:

“Deducida la acción de nulidad o de divorcio, o antes en caso de urgencia, el juez puede tomar las medidas provisionales necesarias para regular las relaciones personales entre los cónyuges y los hijos durante el proceso.

Puede especialmente:

1.- determinar, teniendo en cuenta el interés familiar, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y, previo inventario, qué bienes retira el cónyuge que deja el inmueble;

2.- si corresponde, establecer la renta por el uso exclusivo de la vivienda por parte de uno de los cónyuges;

3.- ordenar la entrega de los objetos de uso personal;

4.- disponer un régimen de alimentos y ejercicio y cuidado de los hijos conforme con lo establecido en el Título VII de este Libro;

5.- determinar los alimentos que solicite el cónyuge teniendo en cuenta las pautas establecidas en el artículo 433”.

Estas medidas provisionales enumeradas en el art. 721 del CCCN están insertas en un proceso de divorcio o de nulidad del matrimonio, es decir, están ligadas a un proceso principal, lo cual las dota de la instrumentalidad propia de las medidas cautelares.

Como podemos observar, si bien el art. 721 del CCCN no menciona, explícitamente, al régimen de comunicación con el hijo, éste podrá ser solicitado —de esa forma— por el enunciado de la primera parte de esa norma,

en cuanto determina que “deducida la acción de nulidad o de divorcio, o antes en caso de urgencia, el juez puede tomar las medidas provisionales necesarias para regular las relaciones personales entre los cónyuges y los hijos durante el proceso.

Esta atribución del régimen de comunicación provisorio en principio, deberá decretarse —por parte del juez o tribunal— una vez deducida la acción de nulidad o de divorcio, pero —también— se podrá conceder antes.

Si bien, en este último caso (que este régimen de comunicación se solicite antes de la interposición de la demanda en el proceso principal), el propio art. 721 del CCCN exige que ello será posible sólo en “caso de urgencia”.

Por lo cual, a tenor del propio texto, la “urgencia” sólo se debería demostrar cuando estas medidas se piden anticipadamente, pero no cuando se solicitan en la demanda principal.

Por otra parte, el art. 723 del CCCN dice que este art. 721 es aplicable a las uniones convivenciales, en cuanto sea pertinente.

Más allá de los procesos de divorcio o nulidad del matrimonio, el régimen de comunicación provisorio podrá ser peticionado, y fijado, cuando se tramite un proceso tendiente a establecer un régimen de contacto paterno o materno filial.

Por ende, con independencia de los juicios mencionados con anterioridad, el régimen de comunicación provisorio podrá ser solicitado cuando los

cónyuges se encuentren separados de hecho, o cuando el hijo sea fruto de una unión convivencial, o de una relación sexual sin que exista convivencia, o circunstancial, y, por ende, el régimen de comunicación no pueda ser solicitado dentro de uno de los procesos de divorcio o nulidad del matrimonio.

El régimen de régimen de comunicación provisorio como medida cautelar

El régimen de régimen de comunicación provisorio solicitado en el transcurso de los procesos de divorcio o nulidad del matrimonio, o dentro de un proceso autónomo para que se fije este régimen, se traducirá en una verdadera medida cautelar, y se ubica entre las medidas a las que alude el art. 232 del CPCCN y del CPCCBA: las medidas cautelares genéricas.

Asimismo, se trata de una cautelar innovativa pues lo que se pretende con ella es alterar la situación existente al momento del dictado de la medida: en este caso, lograr que se restablezca la comunicación y el contacto paterno o materno filial, aunque sea de manera provisorio.

Además de que este régimen de comunicación provisorio pueda ser encuadrado dentro de las cautelares genéricas e innovativas, cabe agregar que normalmente conlleva una tutela anticipada de la pretensión principal (v. gr., el régimen de contacto paterno o materno filial "definitivo", que se reclama en alguno de los procesos precitados).

Siendo una auténtica medida cautelar, este régimen provisional participa de varias de las características propias de estas medidas, a saber:

1) *Se diferencia de la pretensión de fondo*

Esta falta de identidad entre la pretensión cautelar (en este caso, el régimen provisorio solicitado) y la de fondo (v. gr., divorcio o nulidad del matrimonio) o, si se quiere, entre el proceso cautelar y el de fondo, queda demostrada al considerarse que no existe, con la concesión de la primera, prejuzgamiento de la cuestión principal a resolverse en oportunidad de dictar sentencia.

Es que, si no gozara de esa falta de identidad con respecto a la pretensión principal, las medidas cautelares que se solicitaran no serían acogidas por el órgano jurisdiccional.

Así, no sería receptada si se superponen, equivalen o significan exactamente lo mismo que se pretende lograr en la sentencia "definitiva".

Por ello, se estableció que el otorgamiento de una medida cautelar resulta improcedente cuando ella coincide en forma plena con la petición contenida en la demanda, pues de lo contrario se emitiría pronunciamiento sobre la materia litigiosa, con riesgo de incurrir en prejuzgamiento.

Se dispuso, respecto del pedido de un régimen de régimen de comunicación provisorio, que cumplidos los presupuestos básicos que esta medida cautelar requiera, se deberá hacer lugar al régimen solicitado sin que ello implique prejuzgamiento sobre la cuestión de fondo.

## 2) *Es instrumental*

Esta característica, significa que se halla subordinada a un proceso principal del que depende.

Es decir, que presupone la existencia de otro proceso.

Por lo tanto, no resulta posible concebir el dictado de una medida cautelar, que no se vincule con una demanda, promovida o a promoverse en el futuro.

De lo expresado, se desprende que resulta improcedente la medida cautelar que tiende a agotarse en sí misma.

Por lo tanto, finalizado el proceso del cual depende, el régimen de régimen de comunicación provisorio decretado va a seguir la suerte de lo que se ha decidido respecto de aquel: si se hace lugar a la pretensión de fondo (v. gr., la pretensión de que se establezca un régimen de contacto y comunicación "definitivo") se producirá la transformación (de un régimen de contacto provisorio a uno "definitivo"); por el contrario, si la acción principal es desestimada, el régimen provisorio caduca, imponiéndose su levantamiento.

Si falta este carácter, no nos encontraríamos ante una medida cautelar sino ante una medida autosatisfactiva, ya que no existirá en tal situación un proceso del cual dependa esta medida y al cual se halle subordinada.

3) *Es provisional*

Al respecto, el art. 202 del CPCCN —al igual que su similar del CPCCBA— reconoce en forma explícita esta característica de las medidas cautelares, en tanto estipula: “...Las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron. En cualquier momento en que éstas cesaren se podrá requerir su levantamiento”.

En consecuencia, en el tema que nos ocupa, cesará el régimen de contacto establecido en forma provisional si se ha decretado mediante sentencia otro “definitivo”.

Asimismo, se entiende que el transcurso del tiempo o la modificación de las circunstancias, pueden hacer necesario que se adopte el mismo temperamento.

En este sentido, podrá cesar si las circunstancias bajo las cuales fue establecido se modificaron (v. gr., si se comprueba un abuso sexual del progenitor hacia su hija y el informe multidisciplinario aconseja suspender el régimen provisorio fijado).

También, ha dicho cierta jurisprudencia que es de aplicación lo establecido en la norma transcrita cuando la medida fue dictada “in audita parte”, y la otra parte aporta nuevos elementos de juicio que tornan procedente su levantamiento.

En el caso del régimen provisional de contacto paterno filial, ello sucedería si la progenitora conviviente aporta pruebas fehacientes del perjuicio físico o psicológico que sufre el menor con el régimen provisional decretado.



Por lo tanto, la resolución judicial que determina el régimen de comunicación provisorio resulta ser siempre provisional, pudiendo no sólo cesar sino también modificarse si sobrevienen a su imposición circunstancias que así lo aconsejen.

Pero, la provisionalidad que estamos tratando no sólo afecta a la resolución que establece a estas medidas (en nuestro caso, el régimen provisional de comunicación), sino también a la que las hace cesar o las deniega.

Por lo cual, estas medidas pueden ser reestablecidas o admitidas si quien las había solicitado aporta nuevos elementos a la causa, que hacen variar las circunstancias por las cuales habían sido levantadas o denegadas.

#### 4) *Es modificable*

Como ya hemos señalado, las medidas cautelares crean un estado jurídico provisional, motivo por el cual son susceptibles de ser modificadas en cualquier etapa del proceso al variar los presupuestos fácticos que determinaron su traba, o al aportarse nuevos elementos de juicio que señalen la improcedencia del mantenimiento de la medida.

Por lo tanto, el régimen de comunicación provisorio podrá ser modificado si las circunstancias así lo requieren.

Podrá ser modificado en cuanto a sus circunstancias de lugar, tiempo y forma.

Al respecto, si las circunstancias lo aconsejan se podrá efectivizar en distintos días y horarios de los cuales se venía cumpliendo, en el caso de que en esos días y horarios el menor tenga que realizar una actividad escolar.

Asimismo, en la forma de cumplirlo: ante una denuncia por violencia psicológica que sufre el menor en ocasión de esta comunicación, el régimen provisorio podrá continuar realizándose pero bajo la supervisión de una asistente social que constate y brinde informe de cómo se desarrolla el mismo.

A esta característica, se refiere un fallo de vieja data al manifestar que si bien no existe inconveniente para fijar un régimen de comunicación provisorio, ello es sin perjuicio de las modificaciones que luego de producida la prueba en el proceso principal, haya o no que introducir en dicho régimen.

##### *5) No requiere mediación en forma previa a su interposición*

En cuanto a los requisitos requeridos para que la medida cautelar solicitada sea acogida por el órgano judicial, cabe señalar que —en la Ciudad de Buenos Aires— no se requerirá la mediación previa y obligatoria a su interposición, pues la ley 26.589 que regula —en la actualidad— la materia, establece —de forma expresa— en su art. 5º, inc. f) que las medidas cautelares quedan excluidas del procedimiento de mediación prejudicial y obligatoria.

No es óbice, para excepcionar de la mediación hasta esa instancia, que las medidas cautelares se encuentren subordinadas a una petición principal

que requiera de la mediación en forma previa y obligatoria (v. gr., el inicio de un proceso autónomo para que se fije un régimen de comunicación).

La imposición del agotamiento del trámite previo de mediación no es exigible para solicitar las medidas cautelares, pues ello importaría desvirtuar la esencia de aquellas medidas.

*6) Requisitos para su interposición y procedencia. Su diferencia respecto de las medidas cautelares en general*

Tratándose de procesos de familia, las medidas cautelares adquieren un particular contorno en lo que hace a su admisibilidad y ejecución, como así también a su procedencia, sin que sea imprescindible la prestación de una adecuada contracautela y, asimismo, sin que sea exigible la sujeción a los términos de caducidad que establece el art. 207 del CPCCN.

El apartarse de ciertos principios que gobiernan a las medidas cautelares, se debe a que —en los procesos de familia— aquellas están regidas en forma prioritaria por la legislación de fondo y no por la de rito, lo que implica que no se aplican —salvo en forma subsidiaria, ante la ausencia de normas específicas— las disposiciones sobre estas medidas contenidas en el Código Procesal.

En consecuencia, las medidas cautelares en los procedimientos de familia tienen características especiales, de las que participa el régimen de comunicación provisorio, a saber:

*i) Inaplicabilidad de los plazos legales de caducidad*

No procede computar el plazo de caducidad del art. 207 del CPCCN, pues la legislación de fondo no lo contempla, por lo que no puede la legislación de rito —de jerarquía inferior—restringir derechos cuando la ley de fondo nada dice al respecto.

No obstante, el juez puede fijar un plazo para la presentación de la demanda correspondiente al proceso principal, con expreso apercibimiento de disponerse el inmediato levantamiento de la medida cautelar en caso de incumplimiento, pues no sería lógico mantener esa medida indefinidamente sin que se inicie el juicio principal del cual aquella depende.

ii) *Improcedencia de la contracautela*

En las medidas cautelares solicitadas en los procesos de familia, no es necesario que se preste contracautela, pues la ley de fondo no lo contempla.

iii) *Atenuación de los requisitos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora*

Si bien, estos requisitos de admisibilidad de las medidas cautelares (verosimilitud del derecho y peligro en la demora) no requieren de una prueba fehaciente, sino que basta la comprobación sumaria de aquellos, tratándose de los procesos de familia su acreditación se encuentra aún más atenuada.

En ese sentido, la verosimilitud del derecho en las medidas cautelares que se soliciten en los procesos de familia, se presume con la sola acreditación del vínculo.

En cuanto al peligro en la demora, se estima que este requisito surge de la urgencia de las propias circunstancias fácticas del planteo (en nuestro caso, en el perjuicio que ocasiona la falta de contacto paterno o materno filial o del contacto del menor con sus familiares con derecho a visitarlo).