



Sociedad Argentina de Sociología Jurídica



UNIVERSIDAD NACIONAL  
DEL LITORAL  
Facultad de Ciencias Jurídicas  
y Sociales

8<sup>vo</sup> Congreso Nacional  
de **Sociología Jurídica**  
*"derecho, democracia y sociedad"*

---

**Comisión 4: La efectividad de los derechos fundamentales de los niños y adolescentes.**

Ponencia:

**Sobre la problemática del Status Jurídico de los padres separados de hecho o divorciados.**

**Autora: Dra. Alejandra J. Gomez**

Universidad Nacional de Rosario

Facultad de Derecho

Adscripta a la Cátedra de Sociología General y del Derecho



## SOBRE LA POBLEMÁTICA DEL STATUS JURÍDICO DE LOS PADRES SEPARADOS DE HECHO O DIVORCIADOS

Esta presentación pretende movilizar a sus lectores a la reflexión sobre la carencia de normas regulatorias de las conductas de padres de hijos menores de edad, separados de hecho o divorciados, en tanto esta anomia afecta el desarrollo saludable de los niños y para propiciar la paz social.

La cohesión y la paz social están asentadas en el buen funcionamiento de una institución, hoy en crisis como es la familia. El concepto de crisis no tiene una connotación intrínseca negativa, que a menudo se le atribuye, prefiero pensarla como la oportunidad de repensar los principios sobre los que está construida esta institución, y adecuarlos a las nuevas realidades.

A pesar de los cambios, la familia sigue teniendo, como principales funciones, la de conectar al individuo con la sociedad desde el comienzo de la vida humana, la de contribuir a formar la identidad individual y social, transmitir los valores sociales. De su buen funcionamiento depende el aprendizaje para construir relaciones saludables y armónicas del niños con individuos de diferente sexo y de distintas generaciones.

En el hogar familiar es donde se enseñan los principios de urbanidad y de cortesía fundamentales, se instruye para decir "por favor" y "gracias, se aprende a distinguir lo correcto de lo incorrecto, como así a expresar el enojo y el desagrado. Los aprendizajes más duraderos se absorben, inconcientemente de la convivencia con el grupo cercano, y de los modelos recibidos de los padres. Sólo una atmósfera familiar de cuidado y protección de los niños, les ha de permitir un desarrollo pleno y armónico de su personalidad.

La familia es el espacio privilegiado de contención emocional y afectiva, y de internalización de normas sociales. Las profundas modificaciones que ha tenido esta institución en su estructura y dinámica obligan a buscar nuevas estrategias para solucionar los problemas devenidos en los nuevos tiempos.

Desde 1989, la Convención Internacional de los Derechos de Niño proclama la necesidad de proteger a la familia como base de la sociedad, de reconocerla como grupo fundamental y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros. Dicha convención reconoce al



niño, el derecho a tener relación personal y contacto directo con ambos padres y a ser cuidado por ellos.

El Código Civil en el capítulo que denomina "Relaciones de Familia", no la define pero la doctrina es conteste en que la misma se organiza en torno a otra institución: el matrimonio, que hasta mediados del siglo pasado era indisoluble. La ley ordena las relaciones entre esposos, y entre padres e hijos, en términos de autoridad, fidelidad, convivencia, asistencia y alimentos.

En el año 1968, el divorcio llegó para quedarse, ya hay muy pocos matrimonios lo suficientemente antiguos para haber sido celebrados en el paradigma de la indisolubilidad.

Si bien la ley no prescribe el divorcio en ningún caso, -lo que a la luz de algunas realidades familiares a veces sería aconsejable-, en tanto lo permite, dicha permisión se traduce en derecho. Así, independientemente de la valoración que hagamos del divorcio como institución, quienes contraen matrimonio hoy tienen el "derecho a separarse o divorciarse" del otro cónyuge, no obstante análogamente a las relaciones laborales, quién no tuvo justa causa para el "distracto" tendrá responsabilidad.

Las estadísticas señalan la frecuencia con que los cónyuges ejercen ese derecho. El cuarenta a cincuenta por ciento de los matrimonios terminan en divorcio. En una gran mayoría hay hijos que, a partir de la separación, pasan a vivir en una familia monoparental. El INDEC informa que en el año 2001, había más de 1.400.000 jefes de familias monoparentales, el 85 % de las cuales son mujeres, y más de siete millones de menores de edad vivían y se educaban en esos hogares. La cifra ha aumentado considerablemente al día de hoy.

Luego de la separación de hecho o del divorcio, la estructura familiar se modifica sustancialmente; sin embargo la ley dispone poco al respecto, y en un sentido nada conveniente a los intereses de los menores.

La ley dispone que los progenitores continuarán sujetos a las mismas cargas y obligaciones que tenían respecto de sus hijos, con anterioridad a la separación, pero en la práctica, nada de eso ocurre, y generalmente se transfieren funciones y responsabilidades de uno de los cónyuges al otro.

El Código Civil dispone que el padre/madre al que se le otorgue la tenencia, será el que tenga la patria potestad -léase, la autoridad sobre los hijos- y el otro tendrá derecho a tener una adecuada comunicación con el hijo y a supervisar la educación. Desde la misma enunciación de roles se advierte un desequilibrio. En nuestro país, la estructura familiar tradicional atribuía al padre, el rol



de jefe de familia; pero luego de la separación, en la mayoría de los casos, la tenencia de los hijos se asigna a la madre y se le permite continuar viviendo en el mismo hogar.

El nuevo estado de cosas, atravesado por juegos de poder y resentimientos, provoca conflictos frecuentes, y se traduce, muchas veces, en renuncia o dimisión de alguno de los padres en el cumplimiento de las cargas familiares. Dicha dimisión, poliforme y sutil, se enmascara en autoritarismo, falta de diálogo, descargar en otros la responsabilidad de sus propios actos, sobreprotección, permisividad, o chantaje afectivo, con graves consecuencias para los hijos y para la sociedad.

Los psicólogos que se ha avocado más que los juristas al estudio y tratamiento de las familias disfuncionales, describen a éstas como aquellas familias cuyos miembros tienen comunicación deficiente, inexistente o se expresa mediante comportamientos autodestructivos o incluso violentos. Acotamos el análisis de estas situaciones a las que transcurran en un lapso entre la separación de hecho del matrimonio hasta el día en que se produce la mayoría de edad de los hijos.

Como ya lo adelantamos, hasta hace unos años, la estructura familiar matrimonial distribuía funciones entre los cónyuges, generalmente el padre era el jefe del hogar y proveía alimentos y la madre cuidaba la prole. Luego de la separación, los niños pequeños quedan viviendo con la madre en el seno familiar y el padre se retira, limitándose a cumplir un régimen de visitas, pagar una cuota alimentaria, y "supervisar la educación" de los hijos. El niño se pregunta: ¿cómo será mi familia ahora que mis padres se separan? ¿Es que mi padre dejará de pertenecer a ella? El niño no entiende de leyes formales, pero ya ha incorporado generalmente, la ley del Padre.

El Código Civil prescribe que padre ha de mantener adecuada comunicación con el hijo, pero nada dice con relación a la adecuada comunicación con el otro progenitor. Hay muchos padres "cumplidores de la ley", aquellos que le dicen a los hijos: "pedile plata a tu padre/madre"; y otros también cumplidores: "yo no tengo nada que hablar con tu padre/madre". Entonces los hijos se convierten en intermediarios del no diálogo de sus progenitores, y en esa práctica aprenden cosas muy interesantes, a mentir, a manipular, y a asumir riesgos de acciones que ocultan a ambos padres, sin tener conciencia del riesgo que ello encierra.

Ante el conflicto los padres/madres tienen algunos recursos disponibles.



El art. 264 ter del Código Civil, que reza: En caso de desacuerdo entre el pare y la padre, cualquiera de ellos podrá acudir al juez competente, quién resolverá lo más conveniente para el interés del hijo, por el procedimiento más breve posible, previa audiencia de los padres de los padres con intervención del ministerio pupilar....". Así, los progenitores han de acudir a los estrados judiciales, atiborrados de expedientes y infraestructuras que dificultan más que favorecer el diálogo constructivo. Por otra parte, al juez, que es tercero pretendidamente neutral e imparcial, la ley le impone "siempre" decidir, y la realidad lo obliga a que lo más rápido posible, con los escasos elementos obrantes en el expediente y los que surjan de una audiencia acotada en el tiempo. El juez, no tiene materialmente, posibilidad de suspender audiencias para que las partes reflexionen en privado, o para llamar a otras personas involucradas en el conflicto. En su afanosa voluntad de conciliar, el juez apresura o fuerza acuerdos, que al no haber sido interiorizados por los involucrados son cumplidos forzosamente, pero no facilitan la solución definitiva del litigio, ni crean mecanismos preventivos de nuevos conflictos.

El art. 264 ter, en su última parte establece: "Si los desacuerdos fueren reiterados o concurriere cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad –que recordemos tiene quién detenta la tenencia del menor-, (el juez) podrá atribuirlo total o parcialmente a uno de los padre o distribuir sus funciones, por el plazo que fije, el que no podrá exceder de dos años". Esta norma no prescribe el diálogo entre los padres, no favorece acuerdos.

La mediación es otra alternativa superadora al juicio para la resolución de conflictos, pero la característica de voluntariedad, refuerza la actitud remisa del padre/madre que utiliza el silencio o evita la escucha del otro como factor de poder, sin que la ley le imponga ninguna sanción.

Hay organizaciones no gubernamentales, como APADESHI Asociación de Padres Alejados de sus Hijos, que han abordado la problemática de abusos que sufren los hijos y Padres no convivientes y familiares de éstos, ante la actitud dolosa y violenta del progenitor conviviente, y apoyaron la sanción de la ley 24.270 que castiga el El Impedimento de Contacto de los Hijos Menores con sus Padres No Convivientes. No obstante lo positivo de estos aportes, las medidas propuestas no son habitualmente preventivas y generan respuestas posteriores a la instalación del conflicto.

Para ejercer el arte y oficio que consolida el bienestar de la sociedad en que vivimos, la que trasmite los valores y la cultura, la paternidad o maternidad, no se requiere ningún título, ni hay



donde conseguirlo. Los estrados judiciales no es un buen lugar para aprender a ser padre, sino que es la instancia última al que se debe acceder luego de haber recurrido a otras menos agresivas. "Escuela para padres" es un concepto que está resonando en algunas instituciones educativas y religiosas, pero de esta herramienta quedan excluidos de esos espacios los padres de niños no escolarizados o de quienes no profesan algún culto interesado en esta problemática. Además, algunas instituciones confesionales no aceptan el divorcio de sus adeptos, lo que impide abarcar la problemática de los hijos de padres separados.

El Estado no toma intervención ante el hecho de la separación de una pareja con hijos menores, nada obliga a los padres a comunicar esta circunstancia a las autoridades escolares, ni se ofrecen instancias de diálogo que permitan a los padres reflexionar y decidir conjuntamente lo atinente a los menores. Un espacio para la definición de los nuevos roles familiares, que redistribuyan equitativamente las funciones básicas en el marco de la nueva realidad familiar. de asistir a los progenitores de hijos menores de edad a construir la nueva identidad familiar, favoreciendo compromisos de respeto mutuo entre los integrantes del grupo familiar y propiciando mecanismos para la resolución de los conflictos, con participación de abogados, pedagogos, psicólogos, trabajadores sociales, etc.

No hay una palabra que defina la relación entre los padres separados de hecho o divorciados. Algunos se refieren a ellos como "pareja de padres", pero el término pareja no podrá ser resistido por aquellos padre que han formado otra "pareja" posterior, en tanto la palabra pareja simboliza a dos individuos, siendo que a mi entender es esencial de la nueva situación jurídica la presencia de una tercera persona que es el hijo. Tampoco sueña conveniente utilizar el término "ex -cónyuge" que remite a una situación pasada, y a una carencia. Podríamos llamarlos "co-progenitores", o "compadres", cuyos prefijo "con" o "co" implica unión. Compadre designa la relación que une a padres y padrinos en la religión católica, calidad que es representativa de quien elige a una persona para que actúe como "padre/madre" del hijo propio.

Considero que la denominación que se dé a la figura es lo menos importante, ante la gravedad de la anomia frente a una situación de la que no podremos librarnos por nuestra voluntad, ya que podemos decidir separarnos, pero nunca dejaremos de ser el padre/madre junto con alguien, aunque este alguien desaparezca o muera, o yo mismo sea el que lo haga.



El proceso de la separación o el divorcio depara situaciones complejas, en las que las personas sienten dolor, temor e incluso preocupaciones de índole económica. Conlleva conflictos emocionales que pueden derivar incluso en trastornos físicos, asumiendo las peculiares características con que cada individuo encara los hechos vitales que lo conmueven. La disolución del vínculo conyugal no tiene que significar siempre la ruptura de la familia no necesariamente tiene que ser traumática. Los niños cuyos padres separados continúan satisfaciendo en forma conjunta sus necesidades tienen mayores probabilidades de no padecer alteraciones en su desarrollo, y esta experiencia indeseada, largo plazo, se convierte en una oportunidad de crecimiento y aprendizaje.

No hay duda de que la separación no cuenta con un reconocimiento social. No es casual que la cultura occidental no disponga de una ceremonia específica para ello, como sí ocurre con los nacimientos, el casamiento y la muerte.

El Estado también ignora este estado de cosas, no brinda aún una instancia que le permita a los co-progenitores un diálogo, y enseñarles una tarea de escucha mutua. Para reconfirmar afectos y vínculos preexistentes a la separación, que ahora deberán funcionar como redes de sostén de sus hijos. No es lo mismo contar con un padre/madre participativo activamente en la educación y crianza de los hijos. La capacidad de postergar en el tiempo la gratificación, de resistir el impulso a actuar para gratificarse en un momento determinado, es un componente crítico de la conducta responsable del individuo en sociedad, están en relación con la situación de haber tenido un padre involucrado.

Ante la separación, los hijos necesitan reglas claras y explícitas que regulen el comportamiento de sus padres entre sí. El Estado se ha mostrado indiferente ante una faceta del Derecho de Familia, cuya normativa ha sido calificada históricamente de orden público. La anomia no favorece la concreción de vínculos familiares sanos, y la falta de instancias públicas entorpece el logro de la paz social.

Mi propuesta es:

1) La promoción de reformas legislativas de la institución familiar que regulen las conductas de respeto y consideración que, a pesar de la disolución del afecto cónyugal, se deban quienes durante su unión han engendrado hijos que aún sean menores de edad.



2) La instauración normativa del deber de los padres de hijos menores, separados de hecho o divorciados, de mantener una comunicación adecuada entre sí, propiciando un ambiente familiar que permita el saludable y armónico desarrollo del niño.

3) La ley debe disponer la participación activa y equitativa de ambos padres en la crianza de los hijos, eliminando aquellas diferencias injustificadas que ocasionen el apartamiento de alguno de los progenitores del centro de la escena de la vida de los hijos.

4) El Estado debe organizar instancias de contención, diálogo y enseñanza-aprendizaje de y para los padres en situación de separación conyugal, tendientes a construir una nueva identidad familiar, basada en el respeto mutuo entre todos los integrantes de la familia, colaborando que los progenitores definan los valores con que han de educar a los hijos, distribuyan equitativamente tanto las funciones básicas que le caben en la nueva estructura, como las responsabilidades en la atención de los miembros más necesitados (niños y ancianos) y establezcan mecanismos para la resolución de los conflictos familiares que se han de producir necesariamente del desarrollo de la vida.

Luego de la separación, y a menudo de situaciones de violencia física, verbal o psicológica, construir una nueva identidad familiar es necesario y posible. No puede quedar librada a la buena voluntad de algunos de los coprogenitores, sino que la ley debe imponer pautas y normas de conducta básicas en protección tanto de los niños menores como del interés social.

El aprendizaje de la paz positiva comienza en el hogar con el desarrollo de unas buenas relaciones entre los padres que utilizan el diálogo sincero como instrumento para dirimir sus diferencias, y celebrando acuerdos satisfactorios y equitativos. Sobre la familia recae la responsabilidad de una educación práctica y continua sobre los valores y derechos humanos, a través de las relaciones entre todos sus miembros y de la experiencia vivida, que es donde estos valores se hacen reales y son mejor comprendidos