

Comisión n° 3. Derecho Procesal de Familia.
Principios procesales. Informe de la parte especial.

Aída Kemelmajer de Carlucci

“La vuelta del viaje de bodas es buen momento para iniciar los trámites de separación si se quiere acceder a la disolución del vínculo antes que las potencias genéticas hayan declinado definitivamente”¹.

§ 1. Aclaración inicial.

El temario de esta comisión ha sido dividido en dos partes: la primera, encomendada a la Dra. Angelina Ferreyra de De La Rúa, versa sobre los principios procesales en general, tema que viene preocupando a la doctrina nacional y comparada en estos últimos años². Debo abordar la segunda, que intenta explicitar, de modo concreto,

¹ La socarrona frase, que muestra de modo tragicómico la excesiva dilación de los procedimientos en materia de familia, aparece reproducida en Guilarte Gutiérrez, Vicente, prólogo al libro de Auñón, Aparicio, y otros, *El derecho de familia y sucesiones en la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Valladolid, ed. Lex Nova, 2001, pág. 36.

²La bibliografía sobre el tema es muy extensa y su cita exhaustiva resulta imposible. Mencionaré sólo algunos libros editados en el nuevo milenio; omito los artículos doctrinales aparecidos en revistas, obras colectivas, etc. Ver, entre otros, Annunziata, Gaetano, *Il processo nel diritto di famiglia*, 2° ed., Padova, Cedam, 2006; Auñón, Aparicio, y otros, *El derecho de familia y sucesiones en la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Valladolid, ed. Lex Nova, 2001; Benavides Santos, Diego, *Hacia un Derecho Procesal de Familia*, San José de Costa Rica, ed. Juritexto SA, 2006; Berizonce, Roberto, Bermejo, Patricia y Amendolara, *Tribunales y proceso de familia*, La Plata, ed. Platense, 2001; Bertoldi, María y Ferreyra de De la Rúa, Angelina, *Régimen procesal del fuero de familia*, Bs. As., Depalma, 1999; Cecchini, Francisco C., *El proceso actual. El proceso de familia*, Santa Fe, ed. Panamericana, 2006; Cúneo-Hernández (directores), *Procesos en Derecho de Familia*, Rosario, ed. Juris, 2004; Dogliotti, Massimo y Figone, Alberto, *Famiglia e procedimento*, 2° ed., Torino, ed. Ipsoa, 2007; Giusti, Giancarlo, *Il Diritto processuale della famiglia*, Torino, ed. Utet, 2005; Guitrón Fuentevilla, Julián, *Proyecto de código de procedimientos familiares tipo para los Estados Unidos Mexicanos*, México, ed. Porrúa, 2004; Hijas Fernández, Eduardo (coordinador), *Los procesos de familia: una visión judicial. Compendio práctico de doctrina y jurisprudencia sobre los procesos de familia y menores*, Madrid, ed. Colex, 2007 (en pág. 1083 se menciona una treintena de páginas web de interés para la consulta de estos temas); Hunter Ampuero, Iván, *Las potestades probatorias del juez de familia*, Santiago, ed. Legal Publishing, 2008; Kielmanovich-Benavidez (compiladores), *Derecho procesal de familia. Tras las premisas de su teoría general*, San José de Costa Rica, ed. EJC, 2008; Morello, Augusto y Morello de Ramírez, María, *El moderno derecho de familia. Aspectos de fondo y procesales*, La Plata, ed. Platense, 2002; Morello, Augusto, Bermejo, Patricia y Morello de Ramírez, María S., *Lectura procesal de temas sustanciales*, La Plata, ed. Platense, 2000; Oberto, Giacomo (a cura di) *Il nuovo rito del contenzioso familiare e l'affidamento condiviso*, Padova, Cedam, 2007. Cabe señalar, especialmente, que la Revista de Derecho Procesal (Bs.As, ed. Rubinzal) dedicó dos tomos (2002-1 y 2002-2) al *Derecho procesal de Familia* reuniendo una treintena de valiosos trabajos sobre diversos temas. Para los procesos de divorcio ver, entre otros, Autores Varios, *Disyuntivas en los pleitos matrimoniales de separación y divorcio*, Madrid, ed. Dykinson, 2000; Leborgne, Anne (sous la direction), *La réforme du divorce par la loi du 26 mai 2004: pacification et simplification?*, Marseille, ed. Presses Universitaires d'Aix, 2005 ; Kielmanovich, Jorge, *Juicio de divorcio y separación personal*, Bs. As., ed. Rubinzal, 2002.

cómo impactan esos principios procesales en el conflicto familiar que llega a sede jurisdiccional.

§2. Puntos de partida.

La mejor comprensión de estas reflexiones exige aclarar cuáles son sus puntos de partida; claro está, pueden o no ser compartidos por el lector, pero es necesario ponerlos sobre la mesa inicial, aunque se expliciten posteriormente. Ellos son:

(a) La naturaleza instrumental no disminuye la importancia del Derecho procesal; por el contrario, los operadores jurídicos no deben olvidar que proceso señala el momento crucial de la tutela de los derechos; “más aún, marca el momento más alto y más crítico, en tanto la tutela jurisdiccional constituye, por así decirlo, la *última playa*, la última de las tutelas previstas por el ordenamiento, la destinada a operar cuando la observancia espontánea de los preceptos ha sido violada y han fallado todas las otras formas de tutela. Consecuentemente, los fracasos de la tutela jurisdiccional se traducen, inexorablemente, en un déficit de operatividad de las normas del derecho sustancial”³.

(b) El tema de la “tutela judicial efectiva” comprende el resto de la problemática planteada, en tanto se trata de un derecho “fundamental”, es decir, un derecho que tiene base en el Derecho Constitucional y en el de los Derechos Humanos; de allí la necesidad de analizar algunos documentos emanados de organismos internacionales y variadas decisiones de la Corte Federal argentina.

(c) Cuando en el llamado “proceso familiar” intervienen niños, el criterio rector es el del *interés superior del niño*, contenido en la Convención Internacional de los Derechos del niño (art. 75 inc. 22 de la CN).

§3. Derecho constitucional a la tutela judicial efectiva: derecho a un juicio sin dilaciones indebidas y a una sentencia que se cumpla.

El art. 8. 1. de la Convención Interamericana de Derechos humanos, incorporada a la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22) dispone que “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos da a este artículo alcances análogos a los que la Corte Europea atribuye al art. 6 de la Convención Europea. Del otro lado del Atlántico se sostiene que “un Estado que respeta la preeminencia del Derecho, no puede permanecer inoperante, en detrimento de una parte. En consecuencia, la *ejecución de una decisión judicial* no puede ser impedida, invalidada ni retardada de manera excesiva. La

³ Luminoso, Angelo, *Quale processo per la famiglia. Ricognizione dell'esistente e prospettive di riforma*, en Fanni, Luisella (a cura di) *Quale processo per la famiglia e i minori*, Milano, ed. Giuffrè, 1999. El libro reproduce variadas y valiosas intervenciones de los participantes en un congreso celebrado en la ciudad de Cagliari, los días 5/6 de diciembre de 1997.

Administración constituye un elemento del estado de Derecho cuyo interés se identifica con el de la buena administración de la Justicia; si la administración se rehúsa, omite o tarda en ejecutar las decisiones, las garantías que beneficiaron al justiciable durante la fase judicial pierden toda su razón de ser”⁴. De este lado se afirma: “La responsabilidad estatal no termina cuando las autoridades competentes emiten la decisión o sentencia. Se requiere, además, que el Estado garantice los medios para ejecutar dichas decisiones definitivas”⁵.

Está claro, pues, que para los intérpretes supremos de los documentos básicos en materia de Derechos Humanos, el derecho a la tutela efectiva comprende no sólo el derecho a ser oído, a rendir prueba, a que se dicte una sentencia dentro de un plazo razonable por parte de un juez independiente, sino a que esa sentencia se cumpla, pues de otro modo, esa tutela no es efectiva. Hay, pues, un derecho fundamental a la eficacia de la sentencia⁶.

La doctrina apoya decididamente las nociones antes expuestas: “Si alguien dicta, crea o enuncia una norma sin pretender su cumplimiento, simplemente juega con el lenguaje normativo”⁷. Por eso, “el proceso judicial debe ser el territorio de la igualdad y la obra de una responsable participación conjunta y activa que, sin sorpresas, permita a la jurisdicción alumbrar sentencias justas, *de efectivo cumplimiento*”⁸. Según el diccionario de la Real Academia, *efectivo* se opone a *quimérico*; por lo tanto, un proceso “no sólo debe otorgar la razón a quien la tiene (reconocimiento de derechos) más o menos dentro del lapso programado por el legislador (eficaz) sino que debe satisfacer realmente el requerimiento del justiciable consistente en que se le restituya o compense sus derechos violados o desconocidos; la sentencia no es lírica, se traduce en una efectiva ejecución”⁹. Con todas las letras, magistralmente, Couture dice: “El destino de la cosa juzgada es el de que se cumpla, que la justicia no dé consejos, sino que sancione normas coactivas. Que la promesa hecha en la Constitución garantizando justicia a todos los que quieran habitar este suelo no sea un apotegma que nos enorgullezca cuando lo leamos en las páginas del preámbulo, sino que nos avergüence cuando contemplemos su burla con nuestros propios ojos”¹⁰.

El imperativo se acentúa cuando están comprometidos los derechos de los niños; el art. 4 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño dispone: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole *para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención*”. Por su parte, el art. 45

⁴ Ver, entre muchos, *Hornsby c. Grèce*, 19 mars 1997, § 40; *Robins c. Royaume-Uni*, 23 septembre 1997, § 28; *Estima Jorge c. Portugal*, 21 avril 1998, § 35; *Gorokhov et Roussyaïev c. Russie*, § 31, 17 mars 2005. *Buj c. Croatie*, n° 24661/02, § 16, 1^{er} juin 2006; *TEDH, Öçkan y otros c/Turquía*, 13/9/2006.

⁵ “*Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Competencia* (28/11/2003)

⁶ Compulsar Ruiz de la Fuente, María C., *El derecho constitucional a la ejecución de sentencias firmes*, en Cachón Cadenas y Picó Junoy (coordinares) *La ejecución civil*, Barcelona, ed. Atelier, 2008, pág.21.

⁷ Hierro, Liborio, *La eficacia de las normas jurídicas*, Madrid, ed. Ariel, 2003, págs.115/116.

⁸ Morello, Augusto y Morello de Ramírez, María, *El moderno derecho de familia. Aspectos de fondo y procesales*, La Plata, ed. Platense, 2002, pág XIII

⁹ Peyrano, Jorge, *El proceso civil: una empresa común. El deber de información patrimonial del deudor en el seno de un proceso*, LL boletín del 10/2/2011.

¹⁰ Couture, Eduardo, *Formas penales de la ejecución civil*, en Rev. de Derecho civil, Montevideo, año II, n° 3, pág. 321, n° 11.

crea un sistema de control y seguimiento en tanto la supervisión de esos derechos humanos debe iluminar la situación de los derechos a fin de avanzar hacia su plena realización¹¹. Los estudios realizados no son pocos; entre ellos se cuenta el realizado por el Centro de Investigaciones Innocenti de Unicef¹², basado en informes de 26 países presentados al Comité. El seguimiento es fundamental para evitar la obsolescencia del instrumento; recuérdese que esta Convención internacional se mantiene tal cual fue publicada hace más de veinte años, en 1989¹³. Sobre estas bases, la Corte Federal ha dicho: “Cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional”¹⁴. Las palabras recuerdan las de la Corte Europea de Derechos Humanos: “Es verdad que el derecho a ejecutar no es absoluto. No obstante, las decisiones relativas a los niños requieren *tratamiento urgente*, desde que el transcurso del tiempo puede tener consecuencias irremediables”¹⁵.

En definitiva, la regulación jurídica de la familia, sea a través de la norma general (ley) sea mediante la norma particular (sentencia) debe “proyectarse y preocuparse por dar respuesta eficaz y pronta a los habituales conflictos que se suscitan día a día¹⁶, pues de otro modo, no sólo se juega con las normas, sino fundamentalmente, con las personas, niños y adultos¹⁷. De allí, entre otras, la nueva visión de las medidas urgentes, con tantas particularidades en este ámbito¹⁸.

No obstante el augusto linaje del derecho a la ejecución de las decisiones, la práctica muestra que la sentencia que condena a pagar alimentos, típica del derecho de familia y decisiva para la cobertura de las necesidades básicas, es el paradigma de la ineficacia. Nadie escucha el mensaje: “Toda sociedad, sea primitiva o desarrollada, debería preocuparse, necesariamente, algún día, de la sobrevivencia de aquellos miembros que no

¹¹ Collins, Tara M., *Supervisión: más que un informe*, en Collins, Tara y otros (coordinadoras), *Derechos del niño*, Bs. As., ed. Eudeba, 2010, pág. 23.

¹² Santos Pais, Marta, *El estudio del Centro de Investigaciones Innocenti de Unicef acerca de las medidas generales de implementación de la Convención Internacional sobre los derechos del niño*, en Collins, Tara y otros (coordinadoras), *Derechos del niño*, Bs. As., ed. Eudeba, 2010, pág. 35.

¹³ Dado el tiempo transcurrido y las profundas transformaciones sociales, la doctrina se pregunta “si la Convención es inmutable o se trata más bien de una apariencia” (Bernuz Beneitez, María J., *¿Seguimos hablando de la misma Convención Internacional sobre los derechos del niño?* en Tara y otros (coordinadoras), *Derechos del niño*, Bs. As., ed. Eudeba, 2010, pág. 77).

¹⁴ CSJN - 23/11/2004, M. S. A. s/ materia previsional s/ recurso de amparo" M. 3805. XXXVIII ”.

¹⁵ Ver, entre muchos, TEDH, 22/6/2004, Pini- Bertani y Manera-Atripaldi c/ Rumania.

¹⁶ Tapia, Mauricio, *Código civil 1955-2005. Evolución y perspectiva*, Sgo. de Chile, ed. Jurídica de Chile, 2005, N° 63.

¹⁷ Ballarín, Silvana, *La eficacia de la sentencia de familia*, en Kielmanovich-Benavidez (compiladores), *Derecho procesal de familia. Tras las premisas de su teoría general*, San José de Costa Rica, ed. EJC, 2008, pág.293

¹⁸ Compulsar, Galli Fiant, María Magdalena, *Medidas cautelares en procesos de familia*, Santa Fe, ed. Jurídica Panamericana, 2005; Peyrano, Jorge, *Anotaciones sobre algunas singularidades de la tutela cautelar familiar*, en Peyrano (director) y Eguren (María Carolina(coordinadora) *Medidas cautelares*, Santa Fe, ed. Rubinzal, 2010, pág. 323; en la misma obra, Vargas, Abraham L., *Las medidas cautelares en los procesos de familia. Generalidades* (pag. 335).

tienen poder para cubrir solos sus necesidades”¹⁹. Según un estudio realizado por organismos técnicos, en la Argentina existe un alto porcentaje de morosidad: 70% de los hombres separados no cumplen la prestación alimentaria o lo hacen tardíamente; del total de expedientes consultados, el 62 % de las ejecuciones obedecen a incumplimiento de acuerdos pactados en sede judicial²⁰. En Europa, el tema ha dado lugar a diversos documentos, entre ellos la Convención de la Haya de 2007 y el Reglamento comunitario n° 4/2009²¹.

Otro tanto ocurre con el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores; la insatisfacción de su funcionamiento ha motivado un “proyecto de ley modelo interamericana sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños”²². La problemática integra otra más amplia, cual es la del impedimento del derecho a mantener contacto con los hijos cuando los padres se han separado y la de la ineficacia de las decisiones de todo tipo que condenan al restablecimiento del contacto.

§4. Medidas para dar eficacia efectiva a las resoluciones judiciales (astreintes, registros de deudores morosos; otros registros y otras medidas).

El marco antes descripto debería ser considerado por los operadores jurídicos cada vez que se dictan resoluciones que dirimen conflictos familiares. Lamentablemente, no siempre es así.

§4.1. Astreintes.

Como dice el dicho popular, “el arma se mide por la coraza”; por lo tanto, las sanciones conminatorias, entre ellas las *astreintes*, deben tener en consideración las circunstancias de cada caso²³.

Este punto de partida no significa, como alguna vez se ha dicho, que “por ser excepcional, debe optarse por esta medida solo cuando no exista otro medio legal o material para obtener el cumplimiento, por lo que habiéndose trabado embargo y dispuesto

¹⁹ Berthet, Pascal, *Les obligations alimentaires et les transformations de la famille*, Paris, ed. Harmattan, 2000.

²⁰ Grosman/Herrera, *Familia monoparental*, Bs. As., ed. Universidad, 2008, pág. 576. El incumplimiento de las sentencias que condenan al pago de prestaciones alimentarias ha preocupado desde siempre a la doctrina; ver, entre otros, Grosman, Cecilia, *Medidas frente al incumplimiento alimentario*, LL 1985-D-935; Prevalil, Sandra, *Medidas frente al incumplimiento alimentario*, en Grosman, Cecilia (coord.), *Alimentos a los hijos y derechos humanos*, Bs. As., ed. Universidad, 2004, pág. 325; Córdoba, M. y Vanella, V., *Necesidad de nuevas normas tendientes al cumplimiento del deber alimentario*, LL 1998-D-1003;

²¹ Para el tema, ver Marino, Silvia, *Il difficile coordinamento delle fonti nella cooperazione giudiziaria in materia di obbligazioni alimentari*, en *Contratto e impresa/Europa* 2010 n° 1 pág. 363.

²² Compulsar Goicoechea, Ignacio, *Derecho procesal de familia y funcionamiento de convenios internacionales. El caso del convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, en Kielmanovich-Benavidez (compiladores), *Derecho procesal de familia. Tras las premisas de su teoría general*, San José de Costa Rica, ed. EJC, 2008, pág.155

²³ Carranza Casares, Carlos y Castro, Patricia, *Las astreintes y el cumplimiento puntual e íntegro de la obligación alimentaria*, LL 1987-C-594

la venta de un inmueble, no procede la aplicación de astreintes ya que el cumplimiento aparece como posible por vía del procedimiento previsto específicamente²⁴. Debe recordarse que el procedimiento de ejecución de sentencia es normalmente muy largo, especialmente si lo embargado es un inmueble; encontrar vías dilatorias a la subasta nunca es extremadamente difícil, por lo que no hay razones para no imponer sanciones que tiendan al rápido cumplimiento²⁵.

§4.2. Registros de deudores morosos.

La mayoría de las provincias argentinas han dictado leyes que crean registros de deudores alimentarios. Esa registración tiene diversos efectos; así, por ej., se exige una especie de “libre deuda” emitida por ese registro, para renovar el carnet de conductor, abrir cuentas corrientes bancarias, ejercer cargos públicos (incluso electivos, como concejal), disponer de la totalidad de un crédito otorgado por un banco oficial, inscribirse como proveedor del Estado, etc.

Normalmente, antes de ordenar la inscripción en el registro, los jueces exigen que la decisión que verifica el incumplimiento esté firme; otros, menos eficaces, reclaman expresa petición de parte formulada después de la denuncia de incumplimiento. Con todos estos recaudos, no es de extrañar que la jurisprudencia dominante declare que “resulta razonable que la ley, frente al incumplimiento del progenitor obligado al pago de la prestación alimentaria, autorice a los jueces a inscribir su situación de moroso en un registro especialmente creado pues esta medida tiene una función eminentemente tuitiva, desde que pone en manos del juzgador una herramienta valiosa para constreñir al padre que se sustrae voluntariamente del deber de asistencia y coloca a sus hijos en situación de desamparo, al cumplimiento puntual de uno de los deberes que le impone el recto ejercicio de la patria potestad²⁶”.

Aún así, alguna vez se declaró la inconstitucionalidad de la medida al hacer lugar al amparo incoado por un chofer de taxi, “a fin de que se le permita renovar su carnet de conductor a pesar de figurar como deudor en el registro de deudores alimentarios morosos, pues si bien el fin de dicha limitación puede resultar políticamente razonable, el medio elegido para evitar el incumplimiento no lo es porque lleva a prohibir, directamente, el ejercicio del derecho a trabajar²⁷”. Para evitar este tipo conflictos, diversos ordenamientos autorizan se expida un carnet provisorio, por un tiempo breve (por ej., un mes o dos), período dentro del cual la deuda debe ser cancelada. De este modo, no se anula ninguno de

²⁴ Cám. Nac. Civ. Sala F, 31/8/1987, LL 1989-A-380.

²⁵ Conf. Prevalil, Sandra, *Medidas frente al incumplimiento alimentario*, en Grosman, Cecilia (coord.), *Alimentos a los hijos y derechos humanos*, Bs. As., ed. Universidad, 2004, pág. 334.

²⁶ Cám. Nac. Civ. sala M, 25/12/2005, ED 217-177.

²⁷ Juzgado contencioso administrativo n° 2 de la Ciudad Autónoma de Bs. As., 12/11/2004, Doc. Jud. 2005-1-197, con nota desaprobatoria de Carminati, Adriana y Siderio, A., *Un amparo que desampara*, y en Rev. Derecho de Familia, 2005-II-67, con comentario desfavorable de Castro, Alicia, *Sobre la Constitución mal entendida*.

los dos derechos constitucionales (derecho a trabajar y derecho a ejecutar la sentencia) sino que ambos se respetan haciendo efectivo el principio de proporcionalidad.

§4.3. Otras medidas.

Frente a deudores recalcitrantes, los operadores intentan ser más creativos, como lo muestran las siguientes medidas:

a) Comunicaciones

En la línea de las llamadas “sanciones sociales” también se ha propuesto comunicar el incumplimiento de la sentencia de alimentos a la entidad gremial o profesional del deudor, la publicación de la sentencia en un diario local, etc.

b) Modificación del régimen de guarda para quien entorpece el régimen de visitas.

Se ha decidido que “ante el reiterado incumplimiento por parte de una madre que tiene la guarda de sus hijos menores de los deberes asumidos en un compromiso de re-vinculación paterno-filial, resulta procedente ordenarle que se abstenga de cualquier acción u omisión que perturbe la vinculación de los niños con su padre no conviviente bajo apercibimiento de reconsiderar la guarda que ejerce sobre ellos”²⁸. Con el mismo criterio, se afirma que “frente a un incumplimiento reiterado e irreductible, sin esperanza razonable de cambio de actitud y si han fracasado otras medidas para hacer efectivas las relaciones personales, el interés superior del niño indica que debe modificarse la guarda, aun cuando esta modificación implique no respetar el *statu quo*”²⁹.

c) Suspensión o paralización de procedimientos conexos.

El Artículo 55 de la Ley chilena N°19.947 dispone: “no se dará lugar al divorcio si el demandante durante el cese de la convivencia ...no ha dado cumplimiento, reiterado, a su obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes pudiendo hacerlo”.

Este tipo de medidas ha merecido la crítica de un sector de la doctrina; para algunos, resultarían violatorias del derecho de acceso a la justicia; para otros son ineficientes, proponiéndose otras más graves, como la suspensión en el ejercicio de la patria potestad³⁰.

Recientemente se ha decidido que “la suspensión del incidente de reducción de cuota alimentaria es improcedente si el alimentante abonó sumas imputadas al pago de los alimentos y su empleador depositó regularmente importes recibidos por el actor, sin

²⁸ Cám. Nac. Civ. sala B 19/3/2009, Rev. de Derecho de familia y de las personas, año 1 n° 2, Octubre 2009, con nota de Massano, Alejandra y Roveda, Eduardo, *La participación del niño en un proceso judicial de re-vinculación paterno-filial. El abogado del niño*; la sentencia también se publica en ED 232-396; JA 2009-III-677; Doc Jud. n° 31, 5/8/2009 pág. 2174 y en LL 2009-B-709.

²⁹ Juzgado de Familia n° 3 de Rawson, 16/9/2009, ED 237-54, con nota de Díaz Usandivaras, Carlos y Parada, Adriana, *El cambio de tenencia como remedio en caso de impedimento de contacto. Su correcta implementación*.

³⁰ Álvarez Onofre, Osvaldo, *Un aporte para analizar la inconveniencia de la suspensión de los procesos conexos ante el incumplimiento de la obligación alimentaria*, ED 172-504.

perjuicio de la eficacia cancelatoria de tales pagos, pues la citada suspensión reviste extrema gravedad y debe adoptarse con suma prudencia. En cambio, procedería si el incumplimiento atribuido al incidentista fuese recalcitrante y no existiesen otros medios idóneos y expeditivos al alcance de los beneficiarios para hacer efectiva la cuota debida”³¹.

d) Prohibición de salir del país.

Un tribunal ordenó prohibir salir del país al progenitor alimentante que incumplió la cuota alimentaria a favor su hijo matrimonial, fijada por sentencia firme, después que se hizo la denuncia penal y se inscribió al demandado en el registro de deudores morosos, todo infructuosamente. Fundó la medida en las siguientes argumentaciones: (a) la prueba rendida muestra el alto nivel socioeconómico del alimentante, quien realiza constantes viajes al exterior, de placer y de negocios; (b) no hay una norma expresa que autorice esta medida, pero además de estar contenida en proyectos de leyes, la consagran leyes de menores y de familia de Venezuela (art. 55), de Ecuador (art. 74), de Colombia (art. 148), El Salvador (art. 258), etc; (c) El demandado no ha recurrido las resoluciones anteriores; (d) La medida se compadece con el derecho constitucional de libertad de entrar y salir del país contemplado en el art. 14, desde que cesará una vez cumplida la obligación o prestada garantía suficiente y, al mismo tiempo, alienta la idea de una realización plena de los derechos del niño, claramente vulnerados por el progenitor incumpliente; (e) El Estado argentino se ha comprometido internacionalmente a garantizar al niño su supervivencia y desarrollo; (f) Rige, entonces, el interés superior del niño por encima del derecho temporal del padre a salir del país; (g) La función tuitiva del juez le impone un rol distinto al tradicional; debe participar activamente en el proceso acompañando a las partes en la búsqueda de la mejor resolución para su conflicto; (h) Hay una obligación del Estado a la tutela judicial efectiva en el tiempo (art 8 Convención Interamericana de derechos humanos); en el caso, la sentencia está incumplida desde junio de 2009 y la prohibición se dicta en octubre de 2010; (i) La solución enmarca en las medidas autosatisfactivas en tanto, cumplida la obligación y prestada caución, se levanta la medida³².

En contra de lo decidido, negando naturaleza cautelar y autosatisfactiva a la medida, el comentador afirma que la Convención Internacional de los Derechos del Niño no puede violar el derecho constitucional de salir del país, y que la prohibición no satisface el derecho mismo; por el contrario, se asemeja al denominado “embargo de viaje” de la antigua legislación, suerte de medio de coacción.

Discrepo con la crítica. Como he dicho, y lo repite el juez, hay un derecho constitucional a la eficacia de la sentencia. Por otro lado, como explico más adelante, el interés superior del niño es hoy un principio general de derecho, con base constitucional y de derecho internacional de derechos humanos³³. Ser superior es precisamente eso: en el conflicto, priorizar el interés del niño por encima de otros titularizados por personas que

³¹ Cám. Nac. Civ. Sala A, 30/9/2002, Doc. Jud. 2003-1-151.

³² Trib. Colegiado 5° nom. Rosario, 29/10/2010 (sentencia Dr. Ricardo Dutto), con nota adversa de Kielmanovich, Jorge, *¿Prohibición de salida del país contra el deudor alimentario?* LL boletín del 8/2/2011.

destrazan los derechos de la persona vulnerable a través del incumplimiento de concretas prestaciones a su cargo.

e) Medidas que alcanzan directamente a terceros.

El art. 324 del Proyecto de 1992 propuso: “Quien no cumple inmediatamente la orden judicial de retener la suma correspondiente a una obligación alimentaria de su dependiente o acreedor será solidariamente responsable de la obligación”.

Normas similares contienen el código de familia de El Salvador (art. 264), el de México (art. 865), el de Panamá (art. 807).

f) Una medida preventiva: retenciones directas sobre los haberes.

Según una posición que comparto, la retención directa de haberes se diferencia del embargo preventivo sobre cuotas futuras. Esta distinción es importante pues, según la jurisprudencia mayoritaria, la procedencia del segundo requiere se verifiquen estos requisitos: a) riesgo de que el obligado se insolvente para el eludir el pago de la cuota alimentaria, b) existencia de incumplimientos anteriores, o c) concurrencia de causales objetivas que tornen incierta la percepción de la cuota, aún cuando no medie incumplimiento³⁴. En cambio, para la retención directa no sería necesario que se configure ninguno de estos supuestos³⁵ porque no es una cautelar sino una modalidad que tiende a hacer más regular y más seguro el procedimiento de cobro de la cuota; no afecta el honor del alimentante y, ante la queja por el efecto negativo que ante la patronal puede producir esta medida judicial, cabe hacer constar, en el mismo oficio en el que se dispone, que representa una simple forma de pago. Se reconoce que “se trata de prestaciones que todavía no se adeudan y además la cuota puede ser modificada o cesar por diversas causas; sin embargo, dado que se trata de prestaciones sucesivas que tienen la misma causa, teniendo en cuenta que resulta imprescindible asegurar la cobertura de las necesidades del alimentado, por el carácter asistencial de la cuota (...) procede (...) la medida cautelar para garantizar los alimentos futuros cuando alguna circunstancia permite suponer que hay riesgo de que se incurra en nuevos incumplimientos, creando así una grave situación al alimentado; también cuando es posible inferir la intención del deudor de insolventarse mediante la enajenación o el ocultamiento de bienes (...)”³⁶.

³³ Rivero Hernández, Francisco, *El interés del menor*, Madrid, ed. Dykinson, 2000, pág. 32 y ss; del mismo autor, *Régimen sustantivo y procesal del derecho de familia en España*, en Kielmanovich-Benavidez (compiladores), *Derecho procesal de familia. Tras las premisas de su teoría general*, San José de Costa Rica, ed. EJC, 2008, pág. 89.

³⁴ C.N.Civ., sala K, 07/05/1997, F. de F., C. c. F., L. M.; C.N.Civ., sala B, 02/04/1997, C., M. C. c. F., G. R.; publicados en www.laleyonline.com.ar; C.N.Civ., sala G, 31/07/1989, C., S. c. C., J., L.L. 1989-E, 529; DJ 1990-1, 761; C.N.Civ., sala C, 27/04/1993, S., S. y otros c. A., I. publicado en www.laleyonline.com.ar; C.N.Civ., sala K, 11/04/1989, G., E. N. y otro c. A., F. R., L.L. 1989-E, 94.

³⁵ En contra de la medida, considerando que se trata de un embargo Belluscio, Claudio, *Incumplimiento alimentario respecto de los hijos menores*, ed. La Rocca, Bs. As., 2002, pág. 57.

³⁶ Bossert, Gustavo A., *Régimen jurídico de los alimentos*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Bs. As., ed. Astrea, 2004, pág. 578/79. En este sentido se ha decidido que “la resolución que decreta la retención de la cuota de alimentos directamente de los ingresos de alimentante no constituye un decreto de embargo sino una forma de

En un caso se especiales particularidades se dispuso como “medida autosatisfactiva, la retención de los haberes de la progenitora a fin de pagar la institución escolar a la que sus hijos concurren pues se encuentra acreditado cierto desorden económico en los ingresos de aquella, quien adeuda una importante suma a la entidad educativa, como así también que la escolarización de los niños correría serio riesgo, por lo que la medida resulta una forma de consagrar el mejor interés de los menores, garantizando el efectivo cumplimiento de sus derechos”³⁷. Obviamente, la medida no debe ser un instrumento que favorezca el ejercicio abusivo del derecho. Por eso, se revocó la sentencia que ordenó descontar el porcentaje de cuota alimentaria de los haberes del alimentante si dicha modalidad causa agravio a un padre que siempre cumplió puntualmente con la obligación alimentaria³⁸.

§5. Las tutelas urgentes. Las sentencias anticipatorias

Los alimentos durante el juicio de reconocimiento de la filiación extramatrimonial configuran un caso típico de tutela urgente anticipatoria.

El ordenamiento argentino carece un artículo similar al 768 de la nueva ley de enjuiciamiento española que dice: “2. *Reclamada judicialmente la filiación, el tribunal podrá acordar alimentos provisionales a cargo del demandado y, en su caso, adoptar las medidas de protección a que se refiere el apartado anterior*”. No obstante, desde antiguo, se admite que “si bien el derecho a reclamar alimentos se apoya en el emplazamiento en el estado de hijo, el carácter impostergable de las necesidades que los alimentos atienden autoriza otorgarlos, con carácter provisional, si el vínculo de filiación invocado surge *prima facie* verosímil”³⁹. En un fallo que tiene más de medio siglo⁴⁰, la Corte Federal, con voto de Alfredo Orgaz, Boffi Boggero y Aristóbulo A. de Lamadrid, afirmó que la decisión que subordina resolver sobre los alimentos a la prueba producida en un juicio ordinario de filiación se aparta de lo dispuesto por el art. 375 del CC⁴¹; la sentencia marca un hito en la jurisprudencia nacional, pues independientemente del acierto o error de la fundamentación normativa, el tribunal dejó sentado que “La resolución que priva irremisiblemente de alimentos hasta tanto una nueva resolución sea dictada, se debe considerar, por sus efectos, como una sentencia definitiva y, en ese sentido, contra ella procede el recurso

percepción de la cuota que debe ser comunicada al empleador en el mismo oficio en el cual se notifica (...). La retención de la cuota de alimentos directamente de los ingresos del alimentante tiene por objeto posibilitar el cumplimiento estricto e inmediato y no sancionar su mora, eliminando de ese modo las incidencias entre las partes y asegurando el cumplimiento de la prestación...” (C.N.Civ., Sala C; 02/11/1995; S., M. c. T., J. C.; L.L. 1997-C, 963). Conforme con el criterio, C.N.Civ., sala F, 22/11/1988, B. de B., C. c. B., L.L. 1989-C, 342 - DJ 1989-2, 523.

³⁷ T. Colegiado de Rosario n° 5, 7/11/2008, La Ley Litoral 2009-511 y 110

³⁸ Cám. Civ. Y Com. Lab. Y Minería, Zapala, 6/6/2006, La Ley Patagonia 2006-2007 (mayoría)

³⁹ Bossert, Gustavo, *Régimen jurídico de los alimentos*, Bs. As., ed. Astrea, 2004, n° 218.

⁴⁰ CSN, 8/6/1959, ED 19-31.

⁴¹ El art. 375 dispone: “El procedimiento en la acción de alimentos será sumario, y no se acumulará a otra acción que deba tener un procedimiento ordinario; y desde el principio de la causa o en el curso de ella, el juez, según el mérito que arrojen los hechos, podrá decretar la prestación de alimentos provisorios para el actor, y también las expensas del pleito, si se justificare absoluta falta de medios para seguirlo”.

extraordinario”⁴². En otras palabras, la garantía de la defensa en juicio se vulnera cuando se dilata sin término la decisión, en tanto los derechos podrían quedar indefinidamente sin su debida aplicación, con grave e injustificado perjuicio de quienes los invocan. Por eso, abre el recurso extraordinario.

Como en tantos otros temas, en la Argentina, Cecilia Grosman fue pionera en propiciar la admisibilidad de los alimentos provisorios mientras tramita el juicio por filiación extramatrimonial⁴³; citó un viejo voto en disidencia del Dr. Bazán, del 26/8/1884. Decía ese magistrado que “la obligación alimentaria no nace del reconocimiento sino de haber engendrado hijos”.

La solución, revolucionaria en su época, hoy es aceptada por un amplio espectro de la jurisprudencia⁴⁴. Es frecuente leer en los repertorios que resulta “procedente la fijación de alimentos provisionales en los juicios de reclamación de la filiación extramatrimonial si la probabilidad de paternidad del alimentante se encuentra *prima facie* acreditada mediante el estudio de ADN”; “el pedido de alimentos provisorios formulado por quien reclama el reconocimiento de su filiación se encuadra en la figura de la *medida anticipatoria* dentro de la categoría general de lo que la doctrina conoce como “procesos urgentes”, esto es, el adelantamiento provisorio del objeto perseguido en la demanda y cuya procedencia definitiva se juzgará al momento de dictarse la sentencia de mérito⁴⁵; más aún, se ha hecho lugar a lo pedido pues la verosimilitud del derecho invocado se encuentra acreditada no sólo por la testimonial aportada, sino también por la insistente negativa de aquél de acceder a la realización de pruebas biológicas a fin de establecer la identidad filiatoria”⁴⁶.

Obviamente, estas medidas tampoco pueden ser ejercidas abusivamente; de allí que la orden de pasar alimentos puede ser suspendida si vence el plazo de caducidad para interponer la acción de filiación (impuesto legalmente o por el juez), o si se verifica una deliberada dilación del proceso de filiación por parte del actor.

§6. Principio dispositivo. El activismo del juez de familia; sus límites.

⁴² En el caso, pretendido alimentos en un juicio por filiación en trámite, el tribunal resolvió: “Se desestima, por ahora, la demanda”.

⁴³ Grosman, Cecilia, *Acción alimentaria de los hijos extramatrimoniales no reconocidos o no declarados como tales*, Bs. As., ed. A. Perrot, 1969. La autora volvió sobre el tema en *Alimentos provisorios al hijo no reconocido por su padre*, en Grosman, Cecilia (coord.), *Alimentos a los hijos y derechos humanos*, Bs. As., ed. Universidad, 2004, pág. 105.

⁴⁴ Ver Cám. Nac. Civ. sala D, 6/11/1959, LL 99-805 (sumario 5125); ídem. 15/11/1978, ED 82-625sala A, 27/10/1988, LL 1988-B-127; ídem 15/5/1995, LL 1996-B-732; sala H, 28/2/1992, ED 148-435; Cám. Nac. Civ. sala M, 30/6/1997, JA 1999-II-454. Conf. López del Carril, Julio, *Derecho y Obligación alimentaria*, Bs As, A. Perrot, 1981, pág. 375 y ss.

⁴⁵ Cám. Civ. y Com Mar del Plata, sala 2°, 23/9/1999, JA 2000-II-31, con nota de Peyrano, Jorge, *La categorización adecuada: la concesión de alimentos provisorios urgentes en el seno de un juicio de filiación extramatrimonial, es tutela anticipada*.

⁴⁶ CC Com y Minería de San Juan, sala I, 18/4/2008, La Ley Gran Cuyo 2008-803.

El principio de congruencia, que se funda en el derecho de defensa⁴⁷, marca los límites al activismo judicial. La aplicación de esta regla no siempre es fácil. Así lo muestra el reciente plenario de la Cámara Nacional Civil del 28/10/2010⁴⁸ que por mayoría decidió: “No corresponde decretar la separación personal o el divorcio vincular por la causal prevista en los arts. 204 y 214, inc. 2º del Código civil, cuando ésta no fue invocada expresamente en la demanda y en la reconvenición y se rechazan las causales subjetivas -art. 202 del Código Civil- en las que los cónyuges sustentaron sus pretensiones”. Es verdad que si los abogados fuesen más cuidadosos y plantearan, en subsidio, el divorcio por la causal objetiva, el tema nunca hubiese convocado a un plenario. Pero no es cuestión de “echar todos los caballos encima a los abogados”. Independientemente de las razones dadas en uno y otro sentido (que pueden leerse en cada uno de los votos emitidos) y de las diferentes situaciones planteadas, puedo reiterar hoy las palabras escritas hace más de una década, en sentencia de la Corte de la Provincia de Mendoza del 16/6/1999, recordadas por el maestro Morello: “Decir a los cónyuges que deben recomenzar su diálogo con la justicia a través de un juicio de divorcio será tanto como plantar otro hito en el descreimiento de los ciudadanos en el sistema de justicia. Este proceso, por diversas razones, lleva siete años.....actor y demandada confiaron en que la justicia resolvería el conflicto, no que los enviaría a uno nuevo”⁴⁹.

De cualquier modo, cabe recordar que las facultades judiciales se agrandan cuando están en juego los derechos fundamentales de los niños; así, por ej., en Inglaterra, donde los procesos están manejados esencialmente por el principio dispositivo, la *Children Act* de 1989 otorgó al juez facultades instructorias, “en un rol típicamente paternalista, para velar por el interés del niño”⁵⁰. En esta línea de pensamiento, la Suprema Corte de la provincia de Bs. As., ha dicho que “Encontrándose en juego la suerte de un niño, toda consideración formal pasa a segundo plano; en los procesos en los que se ventilan conflictos familiares que involucran a un niño, se amplía la gama de poderes del juez, atribuyéndosele el gobierno de las formas, a fin de adaptar razonable y funcionalmente el orden de sus desarrollos a la finalidad prioritaria de que la protección se materialice; en estos litigios, aislar lo procesal de la cuestión sustancial, limitarlo a lo meramente técnico instrumental, es sustraer una de las partes más significativas de la realidad inescindible”⁵¹.

⁴⁷ El principio de congruencia está estrechamente unido al derecho de defensa en juicio por lo que no existe el vicio de incongruencia si no existe violación a esa garantía (Ver sentencias de la sala I de la Corte Suprema de Mendoza del 1/10/1990, LS 217-114; 27/9/2000, LS 297-286; 16/12/1992, LS 233-435, y sus citas).

⁴⁸ Ver Doc. Jud. N°46, 17/11/2010 pag. 7 c/ nota de Kielmanovich, Jorge, *Divorcio por causales objetivas : un plenario acertado* y elDial.com - AA64ED.

⁴⁹ La sentencia se publica en DJ 1999-3-578, LL 1999-E-683, ED 188-21, JA 2000-III-592 y La Ley Gran Cuyo 1999-739; Morello la recuerda en *El moderno derecho de familia. Aspectos de fondo y procesales*, La Plata, ed. Platense, 2002 págs. XVII y 77/78.

⁵⁰ Espinosa Cairo Y., y Rodríguez Pérez, *La iniciativa de instrucción del juez de familia: un nuevo modelo de juez inquisitivo?*, en Kielmanovich-Benavidez (compiladores), *Derecho procesal de familia. Tras las premisas de su teoría general*, San José de Costa Rica, ed. EJC, 2008, pág. 89.

⁵¹ SCBs As, 15/7/2009, Derecho de familia, n° 45, Marzo/Abril 2010, pág. 192.

§7. Principio de intermediación. Derecho del niño a ser escuchado y a que su opinión sea tomada en cuenta.

§7.1. Preliminares

Mucho se ha escrito sobre el art. 12 de la Convención Internacional de los Derechos del niño⁵². La ley 26.061 manifiesta una verdadera obsesión por el respeto del derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta; en efecto lo menciona expresamente en los arts. 2, 3, 24, 27, 66 inc. e), etc.

La doctrina nacional también se ha preocupado por la efectividad de este derecho⁵³. En esa línea, en Europa, el reglamento comunitario n° 2201 del 27/11/2003 relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia matrimonial y de responsabilidad de los padres, prevé: “Art.23: Motivos de denegación del reconocimiento de resoluciones en materia de responsabilidad parental: Las resoluciones sobre responsabilidad parental no se reconocerán:..... b) si se hubieren dictado, excepto en casos de urgencia, sin haber dado posibilidad de audiencia al menor, en violación de principios fundamentales de procedimiento del Estado miembro requerido”⁵⁴.

Por su parte, la Observación General N°12 del Comité de los Derechos del Niño (ONU) sobre el derecho del niño a ser escuchado (CRC/C/GC/12 - 1/7/2009) deja constancia de la siguiente realidad: “El Comité observa que, en la mayoría de las sociedades del mundo, la observancia del derecho del niño a expresar su opinión sobre la amplia gama de cuestiones que lo afectan y a que esa opinión se tenga debidamente en

⁵² El artículo dispone: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Al poco tiempo de sancionada la reforma constitucional, publiqué el artículo *El derecho constitucional del menor a ser oído*, Rev. Derecho privado y comunitario, Bs. As. ed. Rubinzal, n° 7, 1996, pág. 17. Para la cuestión después de la sanción de la ley 26.061, compulsar, entre otros, Amoreo, M.C., *Cuestiones prácticas de la figura del menor en el proceso. Capacidad, madurez y derecho a representación*, en Rev. Derecho de familia y de las personas, año 2 n° 1, enero/Febrero 2010 pág. 203; en la misma revista, de la Redacción, *Investigación de jurisprudencia sobre la figura del menor en el proceso* (pag. 295); Culaciati, Martín M., *El derecho de los niños y adolescentes a ser oídos en los procesos de familia*, Rev. Derecho de familia y de las personas, año 2 n° 5, junio 2010 pág. 26; en el mismo número, de Redacción, *Investigación jurisprudencial sobre el derecho de los menores a ser oídos en los procesos de familia* (pag. 143); Rocca, María del R. y Bigliardi, Karina, *Cuestiones prácticas del derecho del niño a ser oído*, Rev. Derecho de familia y de las personas, año 2, n° 9, Octubre 2010 pág. 31; en la misma revista de Redacción, *Investigación jurisprudencial sobre el derecho del menor a ser oído* (pag. 133). La cuestión preocupa en todos los países latinoamericanos (Ver, Pérez Manrique, Ricardo, *Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes*, en Rev. Derecho de Familia n° 43, pág. 180.

⁵³ Ver estudios estadísticos realizados en la provincia de Córdoba, respecto a la efectividad del derecho del niño a ser oído en los juicios relativos a visitas y guarda y en los juzgados de menores en Lloveras, N. (directora) y Bonzano M. de los A. (coordinadora) *Los derechos de las niñas, niños y adolescentes*, Córdoba, Alveroni, 2010 págs. 265/334.

⁵⁴ Para un comentario de la norma ver Facchini, Giulia, *L'ascolto del minore*, en Oberto, Giacomo (a cura di) *Il nuovo rito del contenzioso familiare e l'affidamento condiviso*, Padova, Cedam, 2007, pág. 145.

cuenta sigue viéndose obstaculizada por muchas prácticas y actitudes inveteradas y por barreras políticas y económicas”. Culmina, después de indicar una serie de reglas, instando a los Estados partes a *evitar los enfoques meramente simbólicos* que limiten la expresión de las opiniones de los niños o que permitan que se escuche a los niños pero no que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones”.

§7.2. Niños que deben ser oídos en forma directa por el juez.

Mucho se ha debatido sobre el tema, mas hay cierto acuerdo en que el criterio rector debe ser el del interés superior del niño⁵⁵. La transcripción de la Opinión Consultiva n° 17 de 2002 de la Corte Interamericana es suficiente para señalar las pautas generales⁵⁶:

“101. Este Tribunal considera oportuno formular algunas precisiones con respecto a esta cuestión. Como anteriormente se dijo, el grupo definido como niños involucra a todas las personas menores de 18 años (*supra* 42). Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos. 102. En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso”.

En suma, el derecho a ser oído en forma personal enlaza, necesariamente, con la noción de autonomía progresiva⁵⁷.

La violación del ejercicio del derecho, especialmente en los procesos de guarda, ha dado lugar a nulidades procesales, si no se ha respetado el principio de la autonomía progresiva o el tribunal, sin razón valedera, se ha apartado de la preferencia del menor por el mantenimiento del *statu quo*⁵⁸. Obviamente, esa nulidad nunca debe ser declarada en

⁵⁵ Para este vínculo ver Famá, María V y Herrera, M., *Una sombra ya pronto serás. La participación del niño en los procesos de familia en la Argentina*, en Kielmanovich-Benavidez (compiladores), *Derecho procesal de familia. Tras las premisas de su teoría general*, San José de Costa Rica, ed. EJC, 2008, pág.205; en la misma obra, Llobet Rodríguez, Javier, *El derecho del niño y adolescente a ser oído y a que se considere su opinión en los procesos judiciales* (pág. 207). Conf. Molina, Alejandro, *El niño en los procesos judiciales. Su derecho a ser escuchado y a ser parte. Distintas alternativas legales*, ED 232-855.

⁵⁶ Para un análisis profundo de esta Opinión consultiva ver Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Bs.As., ed. del Puerto SRL, 2004, pág. 79/193.

⁵⁷ Famá, María V y Herrera, M., *Una sombra ya pronto serás. La participación del niño en los procesos de familia en la Argentina*, en Kielmanovich-Benavidez (compiladores), *Derecho procesal de familia. Tras las premisas de su teoría general*, San José de Costa Rica, ed. EJC, 2008, pág.179. Ver, de mi autoría, *Dignidad y autonomía progresiva de los niños*”, Rev. de Derecho Privado y comunitario, 2010-3.

⁵⁸ Ver por ej., caso resuelto por la Cam. Civ. y Com de Villa Dolores, Córdoba, el 12/4/2010, resumido por Lloveras, Nora y Orlandi, Olga, *Actualidad en Derecho de familia* en Abeledo Perrot Córdoba, Nov. 2010, pág. 1281.

perjuicio del menor al que se pretende proteger. Con toda razonabilidad la Suprema Corte de la Provincia de Bs. As. ha decidido que “si bien en los casos en que los tribunales resuelven cuestiones que involucran a menores sin previamente haberlos escuchado, dicha deficiencia genera la nulidad del pronunciamiento dictado, toda vez que el derecho a ser oído constituye una garantía sustancial que fluye de su consideración como sujeto, el principio debe ser considerado conforme las circunstancias de cada caso en particular ya que por sobre todo ritualismo debe en todo caso necesariamente primar la realización del bien o interés del menor debiendo evitar a todo trance situaciones de inequidad, máxime en casos en los que se encuentra en juego aquel superior interés”. En el caso, la niña fue escuchada después del dictado de la sentencia definitiva que hiciera lugar a la adopción simple (adopción de integración, en tanto fue adoptada por el marido de la madre) disponiéndose que cambiara el apellido por el del padre adoptante; ella deseaba adicionar el apellido de la madre biológica, petición que fue rechazada por los jueces de grado porque ya se había dictado sentencia con expreso pronunciamiento sobre el apellido. La Corte Suprema provincial entendió, razonablemente, que anular la sentencia de adopción porque la menor no había sido oída iba en contra de su propio interés y que bastaba, a ese efecto, proceder a la modificación del nombre⁵⁹.

§7.3. Escucha del niño a través de otros funcionarios.

En la sentencia dictada por la Corte Federal en el caso vulgarizado por los medios de difusión masiva como “caso Daniela”, el Superior Tribunal del país admitió que el niño, según fuese su edad, podía ser escuchado a través de otros funcionarios, precisamente, para proteger su interés superior. En este sentido dijo: “20) No es un imperativo la consulta directa de la voluntad de la niña. El art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño impone a los Estados la obligación de garantizarle el derecho a ser oído, ya sea directamente *o por medio de un representante o de un órgano apropiado*, circunstancia satisfecha en el *sub lite* dada la intervención del Asesor de Menores en ambas instancias. El tomar en cuenta la opinión del niño siempre se halla supeditado a que haya alcanzado una edad y un grado de madurez apropiados (art. 13, párrafo segundo, de la Convención de La Haya; art. 12.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño). De los informes de la psicóloga y de la asistente social, surge que se trata de una niña *psíquicamente vulnerable y lábil debido a la edad que detenta* (fs. 196), que atraviesa por un *estado de confusión afectiva...por sentirse virtualmente tironeada por los reclamos de ambos padres* (fs.345). Ello permite concluir que hace a su interés superior evitarle el conflicto psíquico de sentirse responsable de la elección entre uno de sus padres”⁶⁰.

⁵⁹ SC Bs. As.10/2/2010, Rev. Derecho de Familia 2010-III-103, con nota aprobatoria de Carminati, Adriana, *Adoptando el hábito de escuchar*, y en Abeledo Perrot Buenos Aires, Enero 2011 pág. 49, con nota de Stilerman, Marta, *El interés supremo del menor como eje primordial en las decisiones que lo afectan*.

⁶⁰ El caso, como supuesto en que la Corte ha admitido que el niño sea escuchado a través de un intermediario, también es citado por Ludueña, Liliana G., *Derecho del niño a ser oído. Intervención procesal del menor*, en Rev. de Derecho procesal 2002-2-165.

Mucha agua ha pasado debajo del puente; como se ha señalado en el párrafo nº7.2., la mayoría de los jueces ha aprendido la lección y cumplen con lo preceptuado por la Convención Internacional y por la ley 26.061.

§7.4. Juicios en los que el niño debe ser escuchado.

La ley 26.061, en los múltiples artículos antes mencionados, parece dar una intervención ilimitada a los niños, cualquiera sea el proceso; en efecto, se refiere a “Asuntos que los afectan”, “Procedimientos que los afecte”, “Asuntos que les conciernan”, etc.

Los terribles problemas de vivienda que sufre el país han llevado a los tribunales la cuestión de si el niño debe ser escuchado cada vez que se inicia un juicio de desalojo contra el padre o la madre. La jurisprudencia ha interpretado razonablemente los términos amplísimos de la ley negando, en general, las nulidades articuladas fundadas en que el menor no ha sido oído.

Igual solución ha dado la Corte Federal tratándose de juicios de extradición contra los padres: “La existencia de hijo/s menor/es no está contemplada como causal que impida la extradición de su/s progenitor/es ni en el tratado de extradición aplicable aprobado por ley 25.304 ni en la ley de Cooperación Penal Internacional 24.767. Ello en consonancia con la Convención sobre los Derechos del Niño que admite la "separación de padres e hijos" (ya sea de uno de los padres o de ambos) en supuestos de "detención", "encarcelamiento", "exilio", "deportación" o incluso "muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona está bajo la custodia del Estado", (art. 9.4. de la Convención)”⁶¹.

§7.5. El derecho del niño a ser escuchado en la etapa de mediación.

Se discute si el niño tiene que participar en el procedimiento de mediación que llevan adelante sus padres (por ej., como previo a un juicio de divorcio). Sin pretender agotar la cuestión, se coincide con quienes piensan que “el mediador debe considerar las necesidades de los niños; ellos deben estar presentes, pero esto no quiere decir presentes físicamente; el mediador podrá obtener información adicional sobre los hijos, etc.”. Por lo demás, aún admitiendo su intervención, ésta debe ser llevada adelante muy cuidadosamente. Así, las reglas de la FMA (Mediación Familiar Nacional) del Reino Unido introducen requisitos específicos a todo mediador que acepte la intervención directa de los niños en la mediación: formación y experiencia en el trabajo con niños y adolescentes; explicación a los padres y a los niños del papel que tendrá el mediador; estructura y métodos diversos y dúctiles dada la variedad de modelos familiares, etc.⁶²

⁶¹ CSJN, 15/06/2010, “López, Vanesa Maricel; Olié, Félix Adrián s/ extradición”. En el caso, el juez de grado ya había tomado medidas en protección de los hijos menores de la pareja que debía ser extraditada al Uruguay por el delito de tráfico de estupefacientes. La Corte cita sus precedentes y señala que “No sólo los órganos judiciales sino toda institución estatal ha de aplicar el principio del "interés superior del niño" estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados por las decisiones y las medidas que adopten (considerandos 5º y 6º) Fallos: 331:2047 y elDial - AA4896.

§7.6. El niño víctima del delito en el proceso penal.

La tremenda problemática de los niños víctimas de delitos penales (el llamado *niño objeto* de criminalidad, en tanto pierde su calidad de sujeto para ser un mero objeto en manos del autor) ha abierto nuevas vertientes a la discusión. El tema está plagado de dificultades, entre otras: (a) debe evitarse que el proceso se convierta en una doble victimización; (b) el alcance o extensión de esa participación no siempre es claro.

El punto de partida es que los niños son personas especialmente vulnerables⁶³, y conforme el art. 75 inc. 22 de la CN, se impone adoptar acciones positivas. Claramente, el párrafo 54 de la Opinión consultiva 17 del 2002 de la CIDH, antes reseñada, dice: “Tal como se señalara en las discusiones de la Convención sobre los Derechos del Niño, es importante destacar que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos –menores y adultos- y tienen, además, derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden *deberes específicos* de la familia, la sociedad y el Estado”.

La necesidad de evitar la re-victimización se enfrenta, a veces, con el derecho del imputado a controlar la prueba, aspecto importante del derecho de defensa en juicio. La Cámara Gessell suele ser un instrumento valioso para dar solución al conflicto. No obstante, algunos autores sostienen que resulta “necesaria la declaración y presencia de la víctima en la etapa de juicio oral”, o sea, “cuando el expediente es público por el contacto directo de las partes con el tribunal (inmediación)”⁶⁴.

La extensión de la participación integra la problemática más amplia de la participación de la víctima (mayor o menor de edad) en los procesos penales. Generalmente, la normativa respectiva, no contempla un derecho a *ser parte*, sino un derecho a *intervenir*, a *participar siendo oído* (Ver, por ej., la Decisión Marco del Consejo

⁶² Compulsar Hinojal López, Silvia, *Los menores ante la mediación*, en Autores Varios, *Mediación y protección de menores en derecho de familia*, Madrid, ed. Consejo General del Poder Judicial, 2005 pág.163 y ss. Par la regulación en España, Torres Perea, José M., *Interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Madrid, ed. iustel, 2009, pág. 2067.

⁶³ Ver Libano Beristain, Arantza, *La incoación del proceso penal por infracciones perseguibles a instancia de parte con víctima especialmente vulnerable: la intervención del Ministerio Fiscal*, en Armenta Deu y otra (coordinadoras), *La víctima menor de edad. Estudio comparado Europa-América*, Madrid, ed. Colex, 2010, pág. 103

⁶⁴ Donna Donna, Edgardo, *Las palabras, los hechos y la víctima en el derecho argentino*, en Armenta Deu y otra (coordinadoras), *La víctima menor de edad. Estudio comparado Europa-América*, Madrid, ed. Colex, 2010, pág. 433; en la misma obra, ver Ormazabal Sánchez, Guillermo, *El derecho de confrontación del acusado con los testigos-víctima en el proceso penal español. Especial referencia al menor testigo* (pág. 135). y ss) y Díaz Pita, María P., *La declaración del menor víctima de abusos y agresiones sexuales en el proceso penal a la luz de la decisión Marco del Consejo de 15/3/2001 relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal* (pag. 149); Chozas Alonso, José M., *El empleo de videoconferencia en la declaración de los testigos víctimas en el proceso penal español* (pag. 167); Cubillo López, *La protección procesal del testigo menor de edad, en especial evitando su declaración en el juicio oral* (pag. 175); Palayo Lavín, Marta, *¿Es necesaria la presencia del menor-víctima en el juicio oral?* (pag. 213) Lupaía, Luca y otra, *El testimonio de la víctima vulnerable en el proceso penal italiano*,(pag. 367); los autores mencionan el caso Pupino, decidido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 16/6/2005, por el cual se declaró que compete al juez nacional utilizar un procedimiento especial, como el incidente probatorio, para recibir anticipadamente la testimonial de personas que son niños.

de Europa (DM 2001) relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal)⁶⁵. En América Latina, tratándose de víctimas de derechos humanos, debe tenerse especialmente en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha ocupado de modo casi *febri*⁶⁶ de la obligación de los Estados miembros de llevar adelante la investigación y parece haber establecido un nuevo derecho humano de la víctima (mayor o menor de edad) no explícito en la Convención, consistente en que: (a) se averigüen oficialmente los hechos (como manifestación del derecho humano a la verdad); (b) se someta al imputado a proceso penal, y (c) se castigue a quien sea encontrado culpable⁶⁷.

Este nuevo derecho surge expresamente de numerosas decisiones, entre otras, las recaídas en los casos Villagran Morales y otros v/Guatemala (11/11/1999), Bullacio v/Argentina (18/9/2003), Instituto de Reeducción del Menor v/Paraguay (2/9/2004), Molina Theissen v/Guatemala (4/5/2004), Gomez Paquiyauri c/Perú (8/7/2004), Vargas Areco v/Paraguay (26/9/2006), Hermanas Serrano Cruz c/El Salvador (1/3/2005), Servellín García y otros c/Honduras (21/9/2006), todo lo cual implica algún tipo de participación de la víctima en el proceso penal.

§8. Principio de oportunidad procesal en el proceso penal de menores.

La posibilidad y conveniencia de acudir a métodos alternativos de resolución de conflictos cuando el infractor es persona que no ha alcanzado la mayoría de edad no es tratada de modo similar ni por las leyes, ni por los autores, ni por la jurisprudencia⁶⁸.

§8.1. Ámbito de la mediación y de otras figuras alternativas.

⁶⁵ Armenta Deu, Teresa, *El derecho del menor víctima a constituirse en parte en el proceso de menores*, en Armenta Deu y otra (coordinadoras), *La víctima menor de edad. Estudio comparado Europa-América*, Madrid, ed. Colex, 2010, pág. 61

⁶⁶ Ver Pastor, Daniel, *El Estatuto jurídico de la víctima menor de edad en las decisiones del sistema interamericano de Derechos Humanos*, en Armenta Deu y otra (coordinadoras), *La víctima menor de edad. Estudio comparado Europa-América*, Madrid, ed. Colex, 2010, pág. 457

⁶⁷ Cafferata Nores, José I., *Proceso penal y derechos humanos, La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Bs. As., ed. Del Puerto-Cels, 2000, pág. 43 y ss

⁶⁸ Me he referido a este tema en mi libro *Justicia restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004, a cuya bibliografía me remito. Ver, además, el excelente libro dirigido por dos investigadoras de la Universidad de Bologna, Mestitz, Anna y Ghetti, Simona, *Victim-offender Mediation with Youth offenders in Europe. An overview and comparison of 15 countries*, Holanda, ed. Springer, 2005 (esta obra contiene 17 artículos escritos por autores de distintos países); asimismo, Gandolfo Barja, Sonia, *Mediación penal y la víctima. Especial consideración a la víctima menor de edad*, en Armenta Deu y otra (coordinadoras), *La víctima menor de edad. Estudio comparado Europa-América*, Madrid, ed. Colex, 2010, pág. 87; Fellini, Zulita (directora) *Mediación penal. Reparación como tercera vía en el sistema penal juvenil*, Bs.As. ed. Lexis Nexis, 2002; Gutiérrez, Patricia, *Participación del niño en el proceso penal. La doctrina de la protección integral*, en Rev. Derecho de familia y de las personas, año 2 n° 4, mayo 2010 pág. 205 (llama la atención la cita una decisión de la Corte Suprema de Tuvalu, una pequeña isla de la Polinesia, que afirma lo que todos los tribunales del mundo dicen, o sea, que los menores necesitan protección especial en razón de su inmadurez y vulnerabilidad).

La mediación como alternativa al proceso penal surgió en los EEUU como un mecanismo para otorgar protagonismo a la víctima⁶⁹; incardina en la llamada Justicia Restaurativa que, frente a la justicia clásica o vindicativa, pretende introducir un elemento de humanización en beneficio de las víctimas y de la rehabilitación del delincuente aspirando a sustituir la punición por una reparación en la que la víctima y la sociedad representan un papel central en la respuesta al delito y la pacificación social⁷⁰.

La antes mencionada opinión consultiva n° 17 de 2002 de la Corte Interamericana recuerda: “135. Las normas internacionales procuran excluir o reducir la *judicialización* de los problemas sociales que afectan a los niños, que pueden y deben ser resueltos, en muchos casos, con medidas de diverso carácter, al amparo del artículo 19 de la Convención Americana, pero sin alterar o disminuir los derechos de las personas. En este sentido, son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas. Por ello, es preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallan en juego los intereses de los menores de edad”.

Diversas leyes del derecho comparado han incorporado esta figura. Transcribo, a vía de ej., el art. 19 ley de responsabilidad penal de menores de España, conforme la modificación introducida en 2006 al párrafo 2:

“Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima. 1. También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe. El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta. 2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil. 3. El correspondiente equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento. 4. Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado. 5. En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente. 6. En los casos en los que la víctima del delito o falta fuere menor de edad o incapaz, el compromiso al que se refiere el presente artículo habrá de ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del Juez de Menores”.

⁶⁹ Pérez Cebadera, María A., *El principio del consenso en Estados Unidos*, en González Cuellar Serrano (director) *Mediación: un método de ¿conflictos. Estudio disciplinar*, Madrid, ed. Colex, 2010. pág. 107.

⁷⁰ Carrizo González Castell, Adán, *La mediación penal en Portugal. ¿Un modelo a seguir en España?* en Armenta Deu y otra (coordinadoras), *La víctima menor de edad. Estudio comparado Europa-América*, Madrid, ed. Colex, 2010, pág. 411.

Un sector de la doctrina observa severamente el texto⁷¹. Afirma que: (a) vulnera, de facto, el derecho a la presunción de inocencia; (b) no explica qué pasa con el reconocimiento de los hechos por parte del menor cuando no cumple el compromiso asumido y el proceso sigue adelante; (c) no está claro si el consentimiento de la víctima es absolutamente necesario para disponer el sobreseimiento; tampoco si los padres del menor imputado deben presentar su consentimiento; (d) qué ocurre si el juez no acepta el arreglo al que han llegado las partes, etc.

En mi opinión, las grandes ventajas del sistema compensan las críticas; los problemas planteados pueden ser solucionados a través de una interpretación razonable de la norma a la luz de los principios generales antes mencionados

§9. El interés superior del niño y sus derivaciones procesales.

Se ha dicho que el interés superior del niño es uno de los raros consensos de la sociedad occidental⁷². A lo largo de este informe se ha visto cómo este principio incide en diversas cuestiones procesales. Un estudio completo y casuístico de las implicancias procesales⁷³ no resulta posible en un informe de este tipo por lo que me detendré en dos supuestos específicos resuelto por la Corte Federal; uno, relativo al procedimiento de restitución de la Convención de La Haya; otro, al derecho a la prueba cuando ésta perjudica el interés superior del niño.

La Corte Federal⁷⁴ ha señalado que “Los Estados signatarios han calibrado la incidencia del mejor interés del niño en el ámbito específico de la Convención de La Haya de 1980, y han establecido el procedimiento de restitución como una herramienta del todo coherente con la defensa de ese interés en la emergencia de una sustracción internacional. Ese reconocimiento -que da un contenido preciso al concepto genérico *interés del menor*- obliga a refinar exhaustivamente cualquier impedimento a la consecución de sus objetivos. En otros términos, la Convención parte de la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al *statu quo* anterior al acto de desplazamiento o de retención ilícita”. Por eso, las excepciones normativamente previstas a la restitución son de interpretación estricta y quien invoca alguna de ellas, tiene la carga de la prueba.

⁷¹ Ver García-Rostán Calvin, Gemma, *La víctima menor de edad en la mediación del proceso penal de menores*, en Armenta Deu y otra (coordinadoras), *La víctima menor de edad. Estudio comparado Europa-América*, Madrid, ed. Colex, 2010, pág. 293.

⁷² Herranz Ballesteros, Mónica, *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado*, Valladolid, ed. Lex Nova, 2004, pág. 27

⁷³ A estos fines, compulsar Tagle de Ferreyra, Graciela, *El interés superior del niño. Visión jurisprudencial y aportes doctrinarios*, Córdoba, ed. Nuevo enfoque, 2009.

⁷⁴ CSN, 19/05/2010, LL 2010-D-567, Doc. Jud. N°44, 3/11/2010, pág.7. La frase viene desde lejos. Ver entre otros, el conocido caso “Daniela”, que llegó a la Corte tres veces; para el concepto vertido en el texto, sentencia del 14/6/1995, Wilner, Eduardo M c/Osswald María G., JS 22-79, Doc. Jud. 1996-1-385 y ED 164-13, con notas de Wetzler Malbran, Ricardo, *Los tratados internacionales se respetan. Las sentencias firmes se cumplen*, y de Bidart Campos, Germán, *El caso “Daniela”*. Un resumen de la jurisprudencia de la Corte Federal en la materia se encuentra en Tagle de Ferreyra, Graciela, *El interés superior del niño. Visión jurisprudencial y aportes doctrinarios*, Córdoba, ed. Nuevo enfoque, 2009, págs. 129/144 y págs. 279/298.

Otro caso interesante fue decidido por la Corte el 10/8/2010⁷⁵. Se trataba de un juicio de divorcio en el cual se dispuso la prueba de ADN sobre el hijo del matrimonio, que el marido atribuía a una relación extramatrimonial y, consecuentemente, reclamaba el divorcio por la causal de adulterio, pero sin haber iniciado acción de impugnación de la paternidad. La Corte revocó la decisión que había hecho lugar a la producción de la prueba. Dijo que “Si bien es cierto que el resultado del ADN ninguna incidencia tendría en el emplazamiento actual del estado filiatorio de la niña, se trata de un dato directamente asociado a la identidad personal de ella y, por lo tanto, con aptitud para provocar consecuencias psicofísicas sobre su persona, que pueden ser tanto positivas como negativas”; que “los jueces de grado, para sustentar su decisión, se limitaron a invocar en forma genérica el principio de amplitud probatoria que rige la materia y el derecho personalísimo de la menor a conocer su origen. En realidad, lo que debieron justificar es que se trataba de una prueba que además de beneficiar al progenitor favorecía el interés superior de la niña”. “Tal examen requería reparar en las especiales circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodearon el planteo, como por ejemplo que la duda respecto de la identidad de la niña ya había sido introducida. Asimismo, exigía que la menor hubiese podido dar su opinión, para lo cual debía estar informada en punto a los efectos que acarrearía la hipótesis de que el ADN demostrara la incompatibilidad genética con quien figuraba como su padre”. El voto de los Dres. Highton y Maqueda agrega que “en razón de que el objetivo del demandado, padre de la menor, no es impugnar la paternidad de su hija, sino demostrar la existencia de una causal de divorcio derivada del presunto adulterio de su cónyuge, hecho que puede ser acreditado por otras vías probatorias sin necesidad de perturbar la conciencia de la menor, no resulta razonable en este estado de la causa pretender realizar una prueba pericial sobre ese punto, desentendiéndose de las consecuencias que ello podría llegar a producir en la relación de familia”.

§10. El Derecho a un tribunal especializado.

§10.1. Regla general.

Los tribunales de familia y los tribunales de menores tienen una larga historia. Más allá de las críticas a su funcionamiento, hay acuerdo mayoritario en la necesidad de contar con tribunales especializados. La opinión consultiva n° 17 de la CIDH, tantas veces citada, contiene varios párrafos relativos a la cuestión, que merecen ser transcritos:

“78. La eficaz y oportuna protección de los intereses del niño y la familia debe brindarse con la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello, que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas. En fin, no basta con que se trate de organismos jurisdiccionales o administrativos; es preciso que éstos cuenten con todos los elementos necesarios para salvaguardar el interés superior del niño. En este sentido, el inciso tercero del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño determina lo siguiente: 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de

⁷⁵ Recurso de hecho - “P. de la S., L. del C. c/ P., G. E. s/ divorcio y tenencia”, elDial.com - AA6276; en LL 2010-E-427, con nota de Solari, Néstor, *La prueba en el juicio de divorcio en un fallo de la Corte*; en Rev. Familia y Persona 2010, n° 9 pág. 74, con nota de Sambrizzi, Eduardo A., *Una correcta solución con fundamento en el interés superior del niño*, y 2010, n° 10, pág. 107, con nota de Jauregui, Rodolfo, *Los límites del principio de amplitud probatoria en el divorcio: adulterio, interés superior del niño y prueba de ADN de los hijos matrimoniales menores de edad*.

una supervisión adecuada”.

“79. Esto debe informar la actividad de todas las personas que intervienen en el proceso, quienes han de ejercer sus respectivas encomiendas tomando en consideración tanto la naturaleza misma de éstas, en general, como el interés superior del niño ante la familia, la sociedad y el propio Estado, en particular. No basta con disponer protecciones y garantías judiciales si los operadores del proceso carecen de capacitación suficiente sobre lo que supone el interés superior del niño y, consecuentemente, sobre la protección efectiva de sus derechos”.

“120. La garantía de los derechos implica la existencia de medios legales idóneos para la definición y protección de aquéllos, con intervención de un órgano judicial competente, independiente e imparcial, cuya actuación se ajuste escrupulosamente a la ley, en la que se fijará, conforme a criterios de oportunidad, legitimidad y racionalidad, el ámbito de los poderes reglados de las potestades discrecionales. A este respecto, la Regla No. 6 de Beijing regula las atribuciones de los jueces para la determinación de los derechos de los niños: 6.1 Habida cuenta de las diversas necesidades especiales de los menores, así como de la diversidad de medidas disponibles, se facultará un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la administración de justicia de menores, incluidos los de investigación, procesamiento, sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones. 6.2 Se procurará, no obstante, garantizar la debida competencia en todas las fases y niveles en el ejercicio de cualquiera de esas facultades discrecionales. 6.3 Los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados o capacitados para hacerlo juiciosamente y en consonancia con sus respectivas funciones y mandatos”.

121. La garantía procesal anterior se complementa con la posibilidad de que exista un tribunal superior que pueda revisar las actuaciones del inferior. Esta facultad ha quedado plasmada en el artículo 8.2.h) de la Convención Americana y en el artículo 40.b inciso v) de la Convención sobre los Derechos del Niño, que manifiesta: v) Si se considerare que [el niño] ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley [...]”.

No obstante la claridad de estos términos, “es un hecho por demás conocido que, en todos los lugares y los tiempos, la creación de los tribunales de familia no ha sido la solución, al menos inmediata, para la mejor y más rápida resolución de los conflictos; han contribuido a este resultado la falta de presupuesto, de capacitación, de apertura de mente, etc.”⁷⁶. Probablemente, otra causa sea la gran cantidad de casos que deben ser atendidos, elemento que también perjudica la posibilidad de una capacitación permanente⁷⁷.

Especializados o no, es menester que “los jueces no comentan hipocresías en sus decisiones. Resulta necesario desterrar la burocratización del Poder Judicial que genera secuela de costumbres adquiridas, mecanización, comodidad en la repetición de conductas que impiden modificar los precedentes, aún cuando ellos no se ajusten a la realidad en el tiempo que se está juzgando”⁷⁸.

De allí que como tantas veces ha dicho la Corte Federal, “la misión específica de los tribunales de familia queda totalmente desvirtuada si se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar”⁷⁹.

⁷⁶ Ver, por ej., Bombelli, José, *Tribunales de familia: todavía en etapa fundacional. Algunos aportes para potenciar su estructura*, en Rev. de Derecho procesal 2002-2-59.

⁷⁷ Para la capacitación ver, por ej., Rauek de Yanzón, Inés, *La capacitación de los jueces de familia y minoridad. Relato de una experiencia concreta*, en Rev. de Derecho procesal 2002-2-13

⁷⁸ STJ Entre Ríos, sala en lo civil y comercial, 2/5/2003, ED 232-353.

⁷⁹ CSN, 28/2005, JA 2005-IV-21, LL 2005-D-872 y ED 214-143.

§10.2. La cuestión del tribunal de apelación en las provincias que carecen de cámaras de familia y de la especialización de jueces, fiscales y defensores en el proceso penal de menores.

Lo dicho en el párrafo anterior da respuesta a la cuestión específica que se plantea en las provincias que carecen de cámaras de apelaciones de familia (o sea, el juez de primera instancia es especializado; el que revisa sus decisiones, no lo es) y de jueces, fiscales y defensores en el proceso penal de menores carentes de conocimientos específicos. En palabras de la Corte Interamericana, cuando esa situación se plantea, el Estado no cumple con las pautas fijadas en los documentos internacionales de derechos humanos.

§11. Mediación familiar.

La omisión de toda referencia a la mediación familiar agudizaría la falta de completividad de este informe.

La mediación como método de resolución de conflictos ha recibido importante apoyo doctrinal; en general, los autores se han preocupado por dar base teórica a lo que hoy es una práctica bastante extendida⁸⁰.

Más allá de las teorías, lo cierto es que la mediación también es un método en permanente evolución que atiende, fundamentalmente, a la idea de que las personas no permanecen estáticas sino que tienen posibilidad de modificar sus actitudes. En este sentido se ha dicho: “En los sistemas meteorológicos Lorenz introdujo lo que se conoce, sólo medio en broma, como el *efecto mariposa*, es decir, la noción de que el aire que mueve una mariposa revoloteando en Pekín puede producir tormentas en Nueva York el próximo mes; si Lorenz se hubiese detenido en el efecto mariposa (una imagen de un movimiento diminuto, frágil, que tiene resultados de largo alcance, completamente fortuitos) no habría servido de mucho. Pero su trabajo mostró que una cadena de eventos tiene puntos críticos de inflexión en los que las pequeñas intervenciones pueden ser muy influyentes. Esta nueva *ciencia de la teoría del caos* evolucionó como una ciencia del proceso y no del estado, del transformarse y no del ser. La mediación es también una ciencia del proceso y no del estado, del transformarse y no del ser”⁸¹.

Mi punto de partida coincide con el de la autora que vengo glosando: “Los parangones entre la mediación y el litigio tienden a retratar a primera como buena y los procedimientos judiciales como malos. Estos juicios de valor, demasiado simplistas, no hacen justicia a ninguno de ambos métodos. La mediación no siempre es apropiada o

⁸⁰ Me limito a citar algunos libros; los artículos publicados en revistas y obras colectivas son muy numerosos y una lista exhaustiva sería casi imposible. Ver Autores Varios, *Mediación y protección de menores en derecho de familia*, Madrid, ed. Consejo General del Poder Judicial, 2005; García Preas, Inmaculada, *La mediación familiar desde el ámbito jurídico*, Lisboa, ed. Juruá, 2010; Parkinson, Lisa, *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, trad. Por Ana María Sánchez Durán, Barcelona, ed. Gedisa, 2005.

⁸¹ Parkinson, Lisa, *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, trad. por Ana María Sánchez Durán, Barcelona, ed. Gedisa, 2005, pág. 20.

posible, e incluso cuando lo es, quizás no conduzca a un acuerdo. Tiene limitaciones y sus resultados varían. Hay muchas situaciones que pueden requerir de un proceso judicial.⁸²

Con esta perspectiva, vale la pena recordar la Recomendación n° R (98) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la mediación familiar, aprobada por el Consejo de Ministros 21/1/1998. La Exposición de motivos reconoce: (a) el aumento de los conflictos familiares, en particular los resultantes de la separación o el divorcio, (b) las consecuencias perjudiciales para las familias, y el alto costo social y económico a los Estados; (c) la necesidad de garantizar la protección de los intereses y el bienestar del niño consagrados en los instrumentos internacionales, especialmente teniendo en cuenta los problemas relativos a la custodia y el acceso que surgen como resultado de una separación o divorcio; (d) la necesidad de reducir los conflictos en el interés de todos los miembros de la familia. Más adelante enumera entre las características especiales de los conflictos familiares el implicar a personas que, por definición, tienen relaciones interdependientes y continuadas, y el emerger de un contexto de emociones perturbadoras en aumento. Recuerda que la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño se refiere a la prestación de la mediación u otros procesos para resolver las controversias que afectan a los niños. Señala que los resultados de la investigación sobre el uso de la mediación y experiencias en este ámbito en varios países muestran que el uso de la mediación familiar tiene el potencial de: mejorar la comunicación entre los miembros de la familia; reducir los conflictos entre las partes en litigio; producir soluciones amistosas; garantizar la continuidad de los contactos personales entre padres e hijos; reducir los costos sociales y económicos de la separación y el divorcio por las propias partes y los Estados; reducir el tiempo para resolver los conflictos. Finalmente, hace hincapié en la internacionalización cada vez mayor de las relaciones familiares y los problemas específicos vinculados a este fenómeno,

§12. Palabras de cierre.

Para cerrar, basta transcribir a un gran maestro del derecho procesal y de la vida: “En tiempos sombríos, el Derecho sigue su ruta. Desde las vertientes de fondo y de las técnicas procesales no se detiene en el propósito que traza la estela de los Tratados, de la Constitución, de las leyes. Al caminar los primeros y tormentosos pasos de este tercer milenio, con sucesivos reconocimientos y garantías, se afana por arropar a las personas que, por sus carencias o debilidades desde las luces de la tutela judicial efectiva cobran mayor presencia, la urgencia de una necesaria y oportuna consideración y tratamiento de los aspectos jurídicos: el niño, la mujer, las nuevas formas de relaciones de y en pareja, con espectros cada vez abarcativos en los contenidos de derechos, y en el potencial y dirección de las garantías jurisdiccionales, en su linaje diversificado y en el blindaje de protección

⁸² Parkinson, Lisa, *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, trad. por Ana María Sánchez Durán, Barcelona, ed. Gedisa, 2005, pág. 25.

que se recortan y adquieren virtualidad plena en legitimados con competencias propias para acceder a la tutela judicial efectiva”⁸³.

⁸³ Morello, Augusto y Morello de Ramírez, María, *El moderno derecho de familia. Aspectos de fondo y procesales*, La Plata, ed. Platense, 2002 pág. 169.