

Régimen de comunicación entre padres e hijos

Gustavo M. Benítez Barnetche*

Pautas para un mejor abordaje de casos complejos

System of communication between parents and children patterns for a better approach to complex cases

RESUMEN

El autor, desde su experiencia como operador jurídico del poder judicial, nos acerca un estudio reflexivo que parte de un fallo emanado de la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, dictado en el marco de un complejo proceso referido al régimen de visitas. El objetivo es detectar algunos factores comunes que distinguen a esta clase de procesos judiciales *complejos*, y también destacar las técnicas prácticas y procesales para un mejor abordaje de su problemática.

ABSTRACT

The author, from his own experience as the legal operator of the judiciary, brings us a thoughtful study that part of a judgment emanating of room B of the National Chamber of appeals in Civil, as part of a complex process referred to child visitation. The objective is to detect some common factors that distinguish this kind of complex judicial processes, and also highlight the practical and procedural techniques for a better approach to their problems.

PALABRAS CLAVES

Régimen de visitas- comunicación entre padres e hijos- Proceso judicial

KEY WORDS

Visitation - communication between parents and children-judicial process

La intención del presente es compartir algunas observaciones relativas

*Abogado UBA. Empleado del Poder Judicial de la Nación. Especialización en Administración de Justicia UBA , Especialización en Derechos Procesal Civil UBA.
Trabajo Recibido el 29/4/2014. Aceptado 5/5/2014

al fallo¹ emitido por la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, dictado en el marco de un complejo proceso que todavía denominamos judicialmente como “régimen de visitas”. El objetivo es detectar algunos factores comunes que distinguen a esta clase de procesos judiciales *complejos*, y también destacar las técnicas prácticas y procesales para un mejor abordaje de su problemática.

En primer término, como claramente lo señaló el Dr. Mauricio Mizrahi², quien también es uno de los integrantes del tribunal sentenciante en el fallo referenciado, el concepto jurídico con el que se concibió en su origen al *régimen de visitas* ha ido mutando con el transcurso de los años hasta alcanzar, en la actualidad, una fuerte autonomía temática. Ya no resulta una cuestión subsidiaria de otros temas de importante envergadura en el ámbito del derecho de familia, como pueden ser los procesos de divorcio por causales subjetivas, la tenencia de los hijos (denominación también cuestionada, y reemplazada en el Proyecto del Código Civil por “cuidados personales de los hijos”) o los procesos alimentarios (determinación, aumento, disminución, cese, coparticipación).

En mi labor judicial he notado con desilusión un aumento en la cantidad de casos complejos relativos al tema, cuya tramitación se extiende en el tiempo mucho más allá que otros de distinto objeto, cuyas consecuencias resultan altamente negativas para los involucrados.

El régimen de comunicación entre padres e hijos se caracteriza por ser un ámbito en el cual los padres debatirán judicialmente un adecuado régimen de contacto con sus hijos, hasta lograr que se solucione el problema mediante el dictado de una sentencia, o la celebración de un acuerdo, o bien, hasta que estos alcancen la mayoría de edad. Lo dicho no es un detalle menor.

Un inadecuado régimen de contacto entre un padres e hijos sin dudas le quitará el sueño a todos los involucrados hasta arribar a una solución definitiva, por lo que resulta de especial urgencia e importancia, no extender su tramitación inútilmente, como muchas veces sucede al aplicar las mismas normas procesales que cualquier otro incidente de índole patrimonial.

Desde la óptica procesal, existen algunas diferencias puntuales que distinguen a esta clase de procesos del resto, tanto desde su origen, pues

¹ CNCiv Sala B 20/12/13. “R. F. J. c/ A. P. M. E. s/ RÉGIMEN DE VISITAS” R. 629.172

² MIZRAHI, Mauricio Luis. “Régimen de comunicación de los padres con los hijos” Publicado en: LA LEY 10/03/2014

puede ser iniciado por cualquiera de las partes (ya sea por el padre no conviviente con el objeto de reclamar una fijación o modificación del régimen de comunicación, o bien, por aquel que ejerce los cuidados diarios, a fin de que se condene al otro progenitor a cumplirlo adecuadamente), así como también la prueba típicamente ofrecida por las partes en el resto de los procesos (testimonial, confesional, informativa) difícilmente pueda aportar al juez elementos decisivos para abordar el conflicto.

La absolución de posiciones, la declaración de testigos y los pedidos de informes mediante oficios muchas veces tienden a engrosar de fojas el expediente, generando impugnaciones, incidencias, revocatorias y apelaciones, que muy probablemente tengan como consecuencia la pérdida de un tiempo irrecuperable, cuestión que considero **esencial** ponderar permanentemente.

Por otro lado, el dictado de una única sentencia definitiva, incluyendo su correspondiente etapa recursiva, también resulta un elemento distintivo del resto, pues como largamente se ha dicho en la materia, el anacronismo de su dictado y la permanente dinámica que caracteriza a los problemas que surgen de las relaciones parentales conflictivas hacen que la misma carezca de utilidad práctica.

Desde un punto de vista procesal, el primer “síntoma” que puede advertirse en esta clase de conflictos podría ser la reiterada generación de incidencias durante su tramitación, cuyo objeto no es otro que la intención de los litigantes de obtener resoluciones judiciales tendientes a “disciplinar” el presunto accionar del progenitor incumplidor, con el permanente pedido de imposición de costas ejemplares.

La práctica profesional de la abogacía en el derecho de familia se distingue del resto de las materias jurídicas por una innumerable cantidad de características propias. En muchos casos hemos apreciado la ciega intención de las partes de obtener condenas mediante el permanente litigio, presentando constantemente denuncias de incumplimientos, impugnando cuanta prueba se haya producido, objetando la declaración de testigos, etc.

Es menester destacar que la intervención del profesional letrado debe tener un **interés** particular en el abordaje del conflicto, por encima del resultado de la condena en costas y de la regulación de honorarios.

Finalmente, la ausencia de intervención de profesionales interdisciplinarios no hace más que agravar la cuestión, pues el punto de partida y de llegada para abordar esta clase de procesos no se encuentra en la aplicación exegetica de normas procesales, sino en la labor de los especialistas de la interdisciplina, cuya intervención resulta **fundamental**.

Ahora bien, en lo concerniente al ejemplar fallo que nos ocupa, entiendo necesario destacar algunos ejes para un adecuado abordaje de esta problemática.

- La derivación de la cuestión al campo de la psicología. Facultades del juez.
- La afectación del interés superior del niño. Modos de abordaje para resolver cada incidencia y dirigir útilmente un proceso.
- La actuación del abogado del fuero de familia. El abogado del Niño y el Tutor Especial.

La intervención de especialistas de la interdisciplina

Desde el tercer párrafo del fallo en análisis es apreciable la especial valoración que los jueces hicieron de la extensa problemática del caso, y cito:

Es en este marco, pues, que ahondaremos en el estudio del recurso interpuesto, ponderando con especial cuidado que estamos convencidos que los postulados de ambas partes pueden tener cierta razonabilidad, pero omiten contemplar adecuadamente las verdaderas dimensiones del conflicto que – a nuestro modo de ver- no pasa por lo que ha sido materia de agravio sino, más bien, pone en evidencia una grave y continuada dificultad de interacción saludable que requiere del abordaje de un espacio diferente al judicial para lograr genuinas soluciones superadoras.

La observación señalada constituye el prelude de una intervención judicial de índole sustancial, y no meramente procesal, que tiene como objeto intentar acercar la solución a una relación disfuncional familiar que alcanzó el campo judicial.

A diferencia de la mayoría de los procesos que tramitan en nuestro sistema judicial, los pertenecientes al fuero de familia requieren de la intervención de profesionales de distintas disciplinas, no para dictar una sentencia, sino para solucionar las controversias. Lógicamente, en un expediente donde se reclaman daños y perjuicios por un accidente de autos, resulta necesaria la actuación de peritos de distintas naturalezas (mecánicos, médicos, psicólogos, etc.), de igual forma, en un proceso donde se debate la existencia de maniobras fraudulentas será fundamental la actuación de expertos del campo de la contabilidad, y en el plano penal, será el forense quien le aporte al juez los detalles relevantes para que pueda arribar a la sentencia condenatoria o absolutoria. En definitiva, en todos esos casos, es el

juez quien resolverá judicialmente el conflicto, poniendo fin a una controversia judicial con una sentencia definitiva. En los procesos de familia, en cambio, no necesariamente será así.

En efecto, desde el momento en que el conflicto de familia normalmente involucra no solo a sus protagonistas inmediatos sino también a los integrantes del grupo familiar conviviente, y en particular a los hijos menores -en una intensidad que normalmente supera el daño o beneficio patrimonial que puede derivarse del mismo y se extiende al personal, en forma, además, muchas veces irreversible e incontrolable-, se establece la cooperación interdisciplinaria para solucionar o prevenir el agravamiento o la extensión del mismo mediante la intervención de asistentes sociales y psicólogos adscriptos al tribunal.³

En casos como el que nos ocupa, la cuestión no está limitada a un pronunciamiento judicial. Es más, me animo a esbozar que las resoluciones dictadas en el marco de un proceso donde se discute la cantidad de horas que el hijo podrá pasar con el padre, los días de vacaciones que tendrá con uno u otro progenitor, el lugar donde pernoctará los fines de semana, y demás, deben ser, por lejos, las más incumplidas de todo el sistema judicial. Esta circunstancia puede obedecer al hecho de que las partes hayan arribado a un acuerdo extrajudicial con pautas más convenientes que las señaladas por el juez, o bien, porque los padres transforman al hijo en un trofeo de guerra, inmersos en una infinidad de batallas que comienzan en el plano cotidiano, y terminan convirtiéndose en verdaderas incidencias procesales en el campo judicial.

Es en este último supuesto en el cual la solución tendrá origen en la labor de los terapeutas, y no del juez, aunque obviamente debe ser este quien resuelva la derivación del conflicto al campo de la psicología.

El perito es asesor del juez y auxiliar de la Justicia que colabora en la investigación de los hechos. Posee autonomía en sus acciones, y ella deviene de su propia ciencia, toda vez que su finalidad estriba en poder brindar los aportes pertinentes derivados de la especificidad de sus conocimientos. Necesita poseer un repertorio de metodologías y técnicas a las que pueda recurrir en cada situación en particular, y asimismo, estar dotado de conocimiento del campo jurídico. Proporciona al tribunal elementos válidos para el sustento de las conclusiones de la resolución judicial, dado que desarrolla su tarea en la intimidad de un vínculo generado en el diálogo con el causante. El psicólogo debe mantener una posición de neutralidad, dispuesto a la escucha del paciente, apuntando a que el individuo organice su propio acerbo vivencial, tendiendo a lograr que se sienta dueño de su personalidad.⁴

³ Kielmanovich, Jorge. "Los principios del proceso de familia"

⁴ Tkaczuk, Josefa "Peritación en Psicología Forense". Pág.20/22. Ed. Quorum. 2006

La intervención de perito psicólogo en los juicios de familia constituye una instancia de asesoramiento concerniente a la capacidad jurídica de los progenitores para ejercer derechos y cumplir obligaciones parentales.

Cuando la demanda llega a la justicia es porque se ha producido un conflicto de escisión familiar y sus integrantes por sí mismos no se encuentran en condiciones de resolverlo. En muchos casos, el conflicto proviene de la familia de origen de uno de los componentes de la pareja, o de ambos. Y aunque pertenezca a la historia individual de ellos, se mezcla y contamina con la historia de la nueva familia que han compuesto. Cuando el grupo es sometido a entrevistas vinculares, para la presentación de un informe pericial, por lo general se incluyen psicodiagnósticos individuales de cada uno de los miembros de la familia. Luego se consignan las conclusiones relativas a la dinámica familiar y a las problemáticas vinculares emergentes.⁵

La actuación del experto en estos casos es esencial y definitoria, en primer lugar para tener una real comprensión y dimensión del conflicto familiar, y luego para adoptar las resoluciones judiciales idóneas y útiles para una adecuada solución definitiva.

El perito deberá indagar en las características de la personalidad de cada uno de los padres para determinar si disponen de aptitud para desempeñar la paternidad o maternidad. Con esta finalidad, se deberán evaluar la capacidad de ambos para asumir responsabilidades, abastecer las necesidades básicas de los hijos, y contenerlos afectivamente. Asimismo, diagnosticarán si existen en la personalidad del padre o de la madre perturbaciones de la emocionalidad y de la afectividad, perversiones en la esfera de la sexualidad, tendencia compulsiva al consumo de sustancias alterantes de las funcionalidades psíquicas y conexión con la realidad.

La participación del psicólogo forense puede darse de distintas maneras: mediante entrevistas a quienes deban desempeñar la paternidad o maternidad, las cuales pueden llevarse a cabo de manera individual o con los distintos integrantes conjuntamente, con el objeto de establecer la dinámica operativa, mediante informes psíquicos individuales, previa entrevista y la ejecución de pruebas o encuentros vinculares. En tal sentido, el profesional psicólogo debe acompañar al menor y entrevistarlo, en lo posible, en presencia de los padres, aun cuando sean la parte conflictiva de la situación, lo cual contribuirá a que los progenitores entiendan la dificultad, cuando son ellos quienes producen el daño.

La falta de aptitud del padre o madre para ejercer su rol puede deberse a perturbaciones severas en las funcionalidades psíquicas, psicosis, depresiones profundas, tendencias suicidas, deterioro de la personalidad por

⁵ Tkaczuk, Josefa. Op.cit.

consumo de estupefacientes o alcohol. Así como también existen padres con determinadas características de personalidad como los psicópatas, los perversos, los depravados y los provenientes de entornos promiscuos, trasladando a sus hijos sus modalidades.⁶

En la mayoría de los casos llegados a instancia judicial el conflicto ya ha comenzado muy probablemente con la separación de los padres, sea cual fuere el motivo de su decisión. Muchas veces suele darse en relaciones familiares de larga data, con matrimonios constituidos y varios hijos en común, pero también hemos visto parejas recientemente constituidas que, a los pocos años de iniciar la convivencia, han concebido un hijo dentro del marco de relaciones familiares disfuncionales, lo cual en ocasiones actúa como disparador de las relaciones patológicas que generan los casos hasta aquí relatados.

Especialistas en la materia han descrito la existencia del *divorcio psicológico*⁷ el cual lejos de ser una solución a la crisis de pareja, resulta un cambio de escenario, ya que intervendrán nuevas reglas (legales – resoluciones judiciales – intimaciones) y la participación de diversos profesionales.

Cuando se da esta situación, los hijos se ven abocados, de modo consciente o a través de estrategias de manipulación, a tomar partido. En un principio se desarrolla el conflicto de lealtades, descrito por Borszomengy-Nagy⁸ como el proceso por el cual la lealtad hacia uno de los progenitores implica la deslealtad hacia el otro. Tras el dolor por haber visto cómo sus padres se separaban, los menores sufren el dolor de verse empujados a tener que posicionarse, precisamente por aquellos que más debieran salvaguardar su integridad. Y, es aquí donde, con frecuencia, se despliegan las típicas frases que los padres realizan en presencia de sus hijos, refiriéndose despectivamente al otro progenitor.

En la siguiente fase del proceso de sufrimiento del conflicto, los hijos son reclutados por uno de los progenitores contra el otro. Los ataques se repiten con mayor proximidad en el tiempo, hasta hacerse continuos, agravando la situación y afectando severamente la capacidad del menor de comprender la relación con uno u otro padre. Llegarán entonces las falsas acusaciones de agresión sexual o los obstáculos para que se lleven a cabo las visitas; cualquier oportunidad será aprovechada con ensañamiento.

Finalmente, los hijos representarán la infantería en la batalla contra el otro progenitor, ya que no necesitarán de la instigación del otro padre, sino que

⁶ Tkaczuk, Josefa. Op. Cit

⁷ Aguilar, José Manuel "Síndrome de Alienación Parental" Pág.18. Ed. Almuzar. 2006

⁸ Borszomengy- Nagy. "Las lealtades invisibles". Ed. Amorrortu. 1973

lo generarán por sí solos, logrando el objetivo de lo que conocemos como el Síndrome de Alienación Parental.⁹

El S.A.P. o Síndrome de Alienación Parental fue descrito por Richard Gardner¹⁰ como

un trastorno que surge principalmente en el contexto de las disputas por la guarda y custodia de los niños. Su primera manifestación es una campaña que no tiene justificación. El fenómeno resulta de la combinación del sistemático adoctrinamiento (lavado de cerebro) de uno de los padres y de las propias contribuciones del niño dirigidas a la denigración del progenitor objetivo.

Igualmente, este autor definió la existencia de tres tipos de S.A.P., el primero de ellos es el *leve*, que tiene lugar cuando comienza la campaña de denigración del otro progenitor, sin grandes episodios de conflictos y en el cual el hijo muestra habitualmente un pensamiento independiente, aunque apoye puntualmente al progenitor alienador, asumiendo su defensa cuando este se halle ausente. La inmersión judicial de los menores se encuentra en un grado mínimo y no se han producido largos períodos de separación entre el progenitor y sus hijos.

El tipo *moderado* de S.A.P se caracteriza por visitas conflictivas, sobre todo en los momentos de la entrega de los hijos, siendo habitual los episodios de enfrentamiento. Los ataques de un padre al otro se van agravando, en ocasiones justificados por el hijo, quien comienza a limitar sus expresiones emocionales hacia el progenitor atacado. El pensamiento del hijo comienza a ser más dependiente y su inmersión judicial en el conflicto es creciente, tomando los niños conocimiento de ello.

Finalmente, en el nivel *severo* del S.A.P. la campaña de denigración es extrema y continua. Las visitas con el progenitor no custodio comienzan a ser imposibles o, directamente, se anulan. De producirse las visitas, estas transcurren entre la provocación y el entorpecimiento, generándose situaciones de estrés en los momentos de entrega de los menores. Los sentimientos de odio o rechazo hacia el progenitor alienado son extremos, mientras que quien ejerce la conducta alienadora es defendido y amado de modo absoluto e irracional, por encima de cualquier razón. La posibilidad de razonamiento con los hijos desaparece, aun cuando se muestren lo absurdas de sus justificaciones. Las visitas con los abuelos y el resto de la familia desaparecen, ampliándose el odio hacia la familia extensa. El progenitor alienador reconoce el problema de relación de sus hijos con el otro, pero considera que no puede

⁹ Aguilar, José Manuel. Op. Cit.

¹⁰ Gardner, Richard. "Cuando Psiquiatría y la Ley unen fuerzas" 1991

hacer nada, ya que parte de los deseos expresos de los hijos. Estos adoptan los pensamientos del padre alienador y los hacen propios.¹¹

Desde el Tribunal de familia es fundamental detectar estas situaciones patológicas a tiempo, antes de que sea irreversible el cuadro. La persistencia constante de las agresiones y el aumento de la severidad de las mismas puede constituir un daño permanente e irreversible en la psiquis de los hijos, en las relaciones entre estos y sus padres, y a futuro, en el modo en que el hijo criará, siendo ya un adulto, a sus propios descendientes.

Al efecto, y una vez judicializado el caso, el problema debe ser abordado desde varias aristas. El primero de ellos y que, a su vez, reviste la mayor importancia, es la actuación del juez de familia, pues será quien resuelva como ya he dicho, la derivación de las partes a la psicoterapia. Empero, lo cierto es que también resulta fundamental la actuación de quienes se desempeñan como dependientes del magistrado: los empleados de los juzgados de familia que cotidianamente tienen a su cargo proyectar los “despachos” diarios. La importancia de este nivel radica en que son ellos quienes se encuentran más “cerca” de las incidencias judiciales que muchas veces caracterizan a este tipo de expedientes. Sin perjuicio de que la inmediatez del juez es cada vez más requerida en su actividad, pues lejos estamos del titular de juzgado que cerraba sus puertas a partes, letrados y hasta empleados, sin atender debidamente los procesos que estaban a su cargo, hoy podemos afirmar que mucho se ha avanzado en este sentido. La celebración de las audiencias en forma personal, ya sean de conciliación, como la preliminar y las de prueba, resultan fundamentales para ahorrar tiempo y poder arribar a una adecuada solución de los juicios, en lo posible, conciliatoria.

Complementando la idea anterior, es menester señalar que para que un juzgado de familia pueda cumplir acabadamente su función -que no es dictar sentencias sino resoluciones útiles-, es clave la capacitación adecuada de sus integrantes. Saber distinguir cómo dirigir procesalmente un expediente en el que se debaten cuestiones meramente patrimoniales, de aquel en el que se reflejan conflictos familiares de esta índole, es de extrema importancia. Muchas veces los despachos de mero trámite, o aquellos que corren traslado de las incidencias, no son revisados (tal como lo señala el Código Procesal) por el Secretario o Juez, pues en la práctica son suscriptos por el Prosecretario y en ocasiones por un Jefe de despacho. Es en estos supuestos en los que resulta fundamental analizar nuevamente si corresponde o no correr traslado de una nueva incidencia, cuando en realidad ya es la segunda, tercera, o cuarta vez que las partes presentan los típicos escritos encabezados con el título “denuncia incumplimiento”, que dan cuenta de situación críticas que usualmente se dan cuando los menores son retirados o reintegrados durante el

¹¹ Aguilar, José Manuel. Op. Cit

régimen de visitas, como ya hemos visto. En este punto es primordial asumir un rol que escape a lo meramente procesal, y en muchos casos, el llamado a una audiencia con las partes y sus letrados es lo correcto.

Ahora bien, si ya se ha detectado la existencia SAP o de cualquiera otra conducta patológica que altere el contacto entre padres e hijos, habiéndose dictado la resolución que intima a las partes a dar estricto cumplimiento con la terapia idónea, ya integrados los profesionales de la interdisciplina, y fijados los apercibimientos, ahora sí se torna imperioso detener procesalmente el proceso hasta ver el resultado de lo anteriormente dispuesto.

De no ser así, la actuación de los letrados (sobre lo que haré un breve comentario adelante) muchas veces sigue siendo la misma, es decir, manifestando en el expediente los supuestos avances pero también las denuncias mutuas de incumplimientos y pedidos de sanciones. Pues bien, en este punto, las sanciones deben ser aplicadas. Para ser mas claro, los letrados deberán comprender que la única solución para el conflicto no será encontrada en el campo judicial, sino en el de la psicología. Por ello, resulta de gran utilidad la aplicación de sanciones pecuniarias de alto valor por cada incumplimiento, la imposición ejemplar de costas, y en ocasiones el severo llamado de atención de los abogados actuantes. En última instancia, no debe descartarse un cambio en el padre que ejerce la hasta hoy mal llamada tenencia de los hijos.

No menos importante resulta la exhortación a las letradas intervinientes que el fallo en análisis introdujo en sus considerandos, y en la parte resolutive, atento que las mismas reiteradamente habían manifestado su disconformidad con la eficacia que pueda tener la actuación de los terapeutas.

Aquí considero fundamental realizar una breve apreciación personal respecto de las actuaciones de los profesionales. Como muchas veces se ha dicho en la doctrina moderna del Fuero, el desempeño profesional del abogado de familia se distingue del resto de las cuestiones por las características propias que detentan esta clase de procesos. La solución no es el dictado de las sentencias definitivas, sino las resoluciones útiles. El abogado con un perfil litigante por naturaleza, que presumiblemente resultará de extrema utilidad en el desempeño de otros fueros, difícilmente pueda adaptarse a la problemática de los casos como los aquí descritos, pues su intención seguramente será lograr la mayor cantidad de resoluciones dictadas a su favor y en contra de la contraparte, o bien, generará la permanente actuación insalubre que constituye lo que conocemos como "abuso del proceso."

El abuso del proceso se fundamenta en la aplicación del principio ético y en la concepción de que todo derecho tiene sus límites en la coexistencia social de los derechos.-

Según sostiene Marcos Peyrano, existe una clara diferenciación que surge del art.1071 del Código Civil que define dos supuestos de abuso del derecho: uno, cuando el ejercicio de los derechos viola los fines que la ley tuvo en miras al reconocerlos -este supuesto traspolado al ámbito procesal- y otro, cuando aquel exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres, recogido expresamente por el principio de moralidad procesal mediante la consagración de deberes generales y abstractos como probidad y buena fe al respecto.-

El "abuso del proceso" lo encontramos:

- a) cuando el juez se excede en los recaudos formales u omite usar los mecanismos legales para dictar un pronunciamiento que ponga fin al conflicto de la forma más justa posible, o
- b) cuando las partes utilizan los medios procesales que la normativa les confiere, desnaturalizando el fin al que aquellos están destinados.-

Jorge Peyrano, nos habla del abuso contextual o por reiteración, que se configura merced a la acción coordinada de una pluralidad de conductas. En este contexto el magistrado debe establecer si la pluralidad de comportamientos analizados revela una suerte de plan encaminado a dificultar la sustanciación del principal, de algún incidente o alguna vía recursiva.¹²

Para identificar una conducta procesal abusiva dentro de los comportamientos en juicio posibles, es conveniente "elegir la denominada concepción funcional, conforme la cual un acto sería abusivo -más allá de toda injerencia de un proceder doloso o culposo- cuando se desvía del fin que le asigna el ordenamiento, siempre y cuando -claro está- dicha desviación haya causado daño procesal.

Finalmente, considero necesario que, en el futuro, se comience a requerir a los matriculados la capacitación y especialización adecuada para esta rama del derecho, así como también la actualización permanente de los cursos que los empleados, funcionarios y magistrados deben realizar, focalizados en cuestiones tan específicas como el SAP, las falsas denuncias de abuso sexual, las distintas clases de violencia familiar, y todas aquellas conductas que caracterizan los conflictos que aquí se ventilan.

El interés superior del niño y la actuación del juez

En la jurisdicción de menores y de familia, en virtud de la incidencia del interés general y para su efectiva tutela, el juez debe asumir una función de

¹² Masciotra Mario, "La conducta procesal de las partes". Págs.49/56, Ed. Ad Hoc. 2005.-

garantía que conforma lo que acertadamente el Dr. Augusto M. Morello ha denominado “justicia de acompañamiento o de protección”¹³

La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la ley 23.849 e incorporada a la Constitución Nacional con jerarquía superior a las leyes (art. 75 inc. 22 CN), sienta el principio de que en toda actuación judicial debe velarse por el interés superior del niño (art. 3 inc. 1); fórmula esta que opera tanto en causas concernientes al Derecho de Familia como en otras ajenas a dicha materia, sea que aquél intervenga en calidad de parte procesal o como un simple tercero, y más allá de que el mismo pueda verse, no obstante, alcanzado por el referido conflicto. El interés superior del niño se constituye, de tal suerte, en una valiosa y esencial herramienta para la resolución de los conflictos judiciales que pudiesen comprometer o afectar a las personas, derechos e intereses de los menores, con una virtualidad y extensión que, a la par de encontrarse en permanente evolución, se vislumbra de una riqueza inconmensurable y de una simultánea y paralela complejidad.¹⁴

Por su parte, el inc. 4 del art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) establece que:

Los Estados Parte deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

A su turno, el art.12 de la Convención sobre los Derechos del Niño complementa la pléyade de garantías, reconociendo a los menores el derecho a ser oídos. El art. 24 señala que

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés; y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelvan las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.

Es sabido que uno de los ejes fundamentales de la Convención es la regulación de la relación niño-familia, y en particular niño-padres; numerosas

¹³ Tribunal Colegiado de Familia de Quilmes nº1. 23/8/05. “M. B., C. E. v. M., F. R” y jurisprudencia allí citada.

¹⁴ Kielmanovich Jorge. Op. cit.

disposiciones regulan la materia. Los artículos 5 y 18 reconocen el derecho de los padres a la crianza y la educación y, a su vez, el derecho del niño a ejercer sus derechos por sí mismo, en forma progresiva de acuerdo a la "evolución de sus facultades". Por su parte, uno de los aportes de la Convención ha sido ampliar la vigencia del principio garantista del interés superior del niño, más allá de los ámbitos legislativos (como la Declaración de 1959) o judicial (como lo disponen numerosas legislaciones en materia de familia), extendiéndolo hacia todas las autoridades, instituciones privadas e incluso los padres. Así las cosas, el artículo 18, luego de reconocer el derecho y responsabilidad de los padres a la crianza y la educación y el deber del Estado de garantizarlo y apoyarlo, señala que los padres ejercerán sus funciones de acuerdo a una orientación fundamental: el interés superior del niño (art.18.1). Esta disposición debe interpretarse integrándola con el artículo quinto que señala que el objetivo de las facultades de orientación y dirección de los padres es "que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención" de acuerdo a la evolución de sus facultades. Al intentar una interpretación sistemática de las dos disposiciones es claro que los derechos y responsabilidades de los padres, en relación a la orientación y dirección de sus hijos, tienen por objeto la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos, y que sus facultades se encuentran limitadas, justamente, por esta función u objetivo. Es decir, se confirma la equivalencia entre ejercicio de los derechos del niño e interés superior.

El Estado tiene el deber de apoyar a los padres en este rol, pero también el deber de garantizar a los niños que su crianza y educación se dirija hacia el logro de la autonomía en el ejercicio de sus derechos. Los roles parentales no son derechos absolutos, ni meramente poderes/deberes, son derechos limitados por los derechos de los propios niños, es decir, por su interés superior.¹⁵

El abogado del niño y la figura del tutor especial

El artículo 27 de la ley nacional 26.061 expresa textualmente que "los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los Tratados Internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente. b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una

¹⁵ Cillero Bruñol, Miguel "El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño"

decisión que lo afecte. c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine. d) A participar activamente en todo el procedimiento. e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte".

Sin abordar en profundidad la turbulenta discusión doctrinaria y jurisprudencial que dicha figura generó en su aplicación práctica, considero necesario hacer referencia al hecho de que luego de la entrada en vigencia de la norma mencionada, existieron numerosos pronunciamientos judiciales en los cuales se negó la designación de abogado del niño a los menores de 14 años, argumentando que los mismos están sujetos a la patria potestad, por lo que se requiere el consentimiento de ambos padres para tener asistencia letrada y representación en juicio. En contrapartida, fue cuestionada duramente la representación promiscua que ejerce el Defensor de Menores e Incapaces, alegando que su intervención y defensa de intereses puede constituir una ficción legal en los hechos, ya que carecería del conocimiento cercano de los hechos y problemática de cada caso.

Por su parte, la C.S.J.N. resolvió en sendos fallos dictados en los años 2010¹⁶ y 2012¹⁷ distintas pautas para su designación.

En el primero, dictado el 26 de octubre de 2010 el Alto Tribunal falló en un caso en el cual se les había negado a las dos hijas del matrimonio, de 14 y 10 años de edad, el derecho a ser oídas y tener representante legal. Ante ello sentenció que

a los efectos de entender primordialmente el interés del niño y con objeto de que las menores implicadas en la causa sean escuchadas con todas las garantías a fin de que puedan hacer efectivos sus derechos, corresponde hacer lugar a la medida sugerida por el señor Defensor Oficial ante esta Corte Suprema a fs. 58 del expte. 1131/2006 y solicitar al juez de la causa que proceda a designarles un letrado especializado en la materia para que las patrocine", aclarando que debe ser "un letrado especializado en la materia.

En el segundo pronunciamiento, dictado dos años más tarde, señaló que las prescripciones de la ley 26.061 deben ser interpretadas y aplicadas en forma integral con arreglo a la legislación de fondo, y que los menores impúberes son incapaces absolutos, por lo que no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos (art. 54 inc. 2º del Código Civil), como sería la

¹⁶ CSJN "G.M.S. C/J.V.L. S/divorcio vincular (26/10/10)

¹⁷ CSJN "M.G. C/P.C.A. S/recurso de hecho"(26/6/12)

designación y remoción de un letrado patrocinante, así como la actuación por derecho propio en un proceso, en calidad de parte. Pero aclaró que a diferencia del fallo anteriormente citado las circunstancias fueron diferentes, pues en aquella oportunidad no fueron los menores los que designaron un abogado que los represente, sino el magistrado que entendió en la causa.

Actualmente el art.109 de Proyecto de Reforma del Código Civil prevé la figura del **tutor especial**, cuya designación corresponderá, entre otros supuestos:

a) cuando existe conflicto de intereses entre los representados y sus representantes; si el representado es un adolescente puede actuar por sí, con asistencia letrada, en cuyo caso el juez puede decidir que no es necesaria la designación del tutor especial; (...) y c) cuando existe oposición de intereses entre diversas personas incapaces que tienen un mismo representante legal, sea padre, madre, tutor o curador; si las personas incapaces son adolescentes, rige lo dispuesto en el inciso a).

Estas pautas son las que han visto aplicarse recientemente en distintos fallos del Fuero (algunos de los cuales haré referencia al final del presente) en los que se ha resuelto la designación de un tutor especial en los casos de alta litigiosidad y conflictividad entre los padres de un menor de edad, quien además ejercerá el rol del abogado del niño, siempre que sea posible.

A modo de conclusión final, y para reforzar lo hasta aquí expuesto, estimo necesario resaltar la existencia de dos fallos, entre muchos otros, que coinciden con los lineamientos del aquí comentado, lo cual demuestra un verdadero cambio, claramente proactivo y saludable, en el modo de resolver útilmente esta clase de conflictos familiares.

El primero de ellos tuvo lugar hace algunos años en primera instancia, y luego sostenido y ampliado por nuevos pronunciamientos dictados por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. En el año 2007 fue resuelto en primera instancia¹⁸ y confirmado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, una resolución que puso fin a un conflicto de larga data, en el cual la madre de dos niños obstaculizó sistemáticamente durante años el contacto con su padre, aún luego de varias intimaciones y resoluciones judiciales que ordenaron el restablecimiento de las visitas, previo tratamiento de revinculación entre los mismos. También fueron numerosas las denuncias recíprocas de incumplimiento entre las partes tanto en sede civil como penal. Finalmente, la Defensoría de Menores e Incapaces solicitó la designación de un tutor especial para que represente los intereses de los hijos, atento la ineptitud de la madre para ejercerlos objetivamente.

¹⁸ Juzgado Nac. en lo Civil nº102 "K.M c/K.M.D." septiembre de 2007

Ante ello, la progenitora designo unilateralmente a una letrada para que se presente invocando la figura legal de abogada del niño, prevista actualmente en el art. 27 de la ley 26.061. El problema surgió en relación al evidente conflicto de intereses que se produciría si los niños fueran representados por un letrado designado por una de las partes del conflicto, cuyos honorarios son abonados por ella. Frente a esta situación, una de las resoluciones que comenzó a dar soluciones al caso fue la designación de un tutor especial de los niños, unificando en él la figura del abogado del niño, quien obviamente fue designado por el Tribunal, con la conformidad del Ministerio Público, haciendo cesar inmediatamente los efectos de la representación de la letrada designada por la madre. Dicha resolución fue confirmada posteriormente por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, que además extendió las medidas judiciales adoptadas en primera instancia en posteriores incidencias.¹⁹

Asimismo, la misma Sala que emitió el fallo en análisis dictó una extensa resolución en el marco de un exhorto requerido por un juzgado provincial, merced a la cual como primera medida resolvió la competencia del juzgado de primera instancia de esta ciudad para continuar la tramitación del expediente. En dichos autos se debatía desde larga data la implementación de un régimen de visitas con tratamiento de revinculación entre el padre no conviviente y sus hijos, quienes fueron trasladados por la madre en distintas ocasiones, con el objeto de evadir las resoluciones judiciales dictadas por jueces provinciales. La adopción de la competencia en forma definitiva fue el primer paso en resolver la cuestión.

En segundo lugar, es notable la insistencia en la validez y exhortación a los jueces en cuanto a sus deberes y facultades, a fin de que se adopten medidas de **oficio** cuando se encuentra en riesgo el interés de los menores:

Resaltase que en juicios como el que ahora nos toca actuar, no estamos ante una temática civil o comercial ordinaria en la que impera el principio dispositivo y de congruencia. Por el contrario, reiteramos que ha de privilegiarse la regla opuesta a la dispositiva, lo que significa que las facultades de las partes cederán para dar paso a las potestades judiciales con el objeto de adoptar todas las medidas de oficio que se estime menester. (...) El ordenamiento le impone a la magistratura el deber de supervisión, lo cual conlleva a una permanente y puntual actividad de oficio. (...).

Es por tales razones, de incontestable relevancia que consideramos que el magistrado posee aptitud plena para disponer medidas, incluso de oficio, en

¹⁹ CNCiv Sala B "K.M c/K.M.D." LL 2009-B-709

tanto se ordenen a dar plena garantía a la tutela y/o restitución de derechos que a los niños le pudieran estar siendo vulnerados.²⁰

En tercer lugar, el tribunal impuso una *batería* de **sanciones pecuniarias** a modo de apercibimiento en el caso de que las partes incumplan la obligación, también allí impuesta, de concurrir a terapias individuales de los padres e hijos individualmente, terapias de coparentalidad entre los padres, y tratamiento de revinculación entre el padre no conviviente y los hijos, incluyendo la obligación de la madre a lograr la comparecencia de los hijos al mismo.

Finalmente, ordenó al juez de primera instancia la designación de un **tutor especial**, quien asumiría también el rol del abogado del niño, e introdujo el apercibimiento de reconsiderar el cuidado personal de la madre a las niñas, así como también, resulta importante destacar que se llamó la atención de los letrados actuantes, exhortándolos a cumplir con las medidas dispuestas.

²⁰ CNCiv Sala B "Z.M. C/G.R. S/EXHORTO" 6/12/13