

CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL

DERECHO PROCESAL CIVIL - COMISION N° 4 – Procesos de Familia
Principios e Instituciones especiales, los niños, niñas adolescentes como
sujetos de derecho en el proceso.

PONENCIAS GENERALES

Autores:

Verónica Natalia Pizarro

Erica Paola Esquivel

Domicilio Postal: Sanidad Argentina 824 (n) - B° ATSA Rivadavia San Juan
– CP 5400

Dirección de mail: vecpi@hotmail.com y erik_pao2003@yahoo.com.ar

Teléfono de contacto: 264-4404736/264-4581774

**Título: “Principios Procesales y Derecho de Familia – Tutela Judicial
Efectiva: su recepción en el Proyecto del Código de Familia en la
Provincia de San Juan bajo la mirada de la Justicia Terapéutica”**

Sumario: 1.- Introducción. 2.- Principios procesales: Nociones
Generales. 3.- Principios Procesales aplicados al Derecho de Familia.
3.1 Tutela Judicial efectiva. 3.2 Importancia del rol del juez en la aplicación
del principio de la tutela judicial efectiva. 4.- Conclusión. 5. Bibliografía.

1-Introducción:

Por medio del presente trabajo se analiza la aplicación de los
principios del Derecho Procesal Civil con características propias del Derecho
de Familia, en los procesos donde se encuentren involucrados niños, niñas y
adolescentes y su recepción en el Proyecto del Código Procesal de Familia
de la Provincia de San Juan¹.

El mayor desafío se suscita en saber si la realidad actual e imperante
se ajusta por medio de reformas y si el esquema procesal brinda soluciones
a los escenarios en que se ven inmersos los estrados judiciales, atendiendo

a la diversidad de los conflictos que se presentan en las distintas situaciones que abarcan derechos sensibles en esta materia.

Ante este desafío surgen preguntas ¿Es necesario prever explícitamente en las normas procesales una función tuteladora para cada una de las posibles situaciones que se presentan en los estrados judiciales? ¿O son suficientes las normas de fondo?

Ante ello, proponemos, que la aplicación de estos principios recepcionados en el Proyecto del Código de Familia de San Juan en diálogo y concordancia con los principios y mirada que brinda la Justicia Terapéutica pueda lograr la efectivización de los derechos fundamentales comprometidos, poniendo de resalto el rol que desempeña el juez como “equilibrador” de las situaciones concretas que se presentan en el litigio y en su rol de director del proceso, a fin de poner en un pie de igualdad a las partes del proceso, cuando alguna de ellas se encuentre en una condición de inferioridad tomando especial consideración a alguna situación de vulnerabilidad en la que se encuentre inmersa.

2- Principios Procesales: Nociones Generales.

Sabido es que el concepto genérico de “principios procesales” envuelve indiscutiblemente una serie de lineamientos, directrices y orientaciones generales que inspiran a cada ordenamiento jurídico procesal y determinan, desde luego, la estructura fundamental del debido proceso, revistiendo una importancia esencial en la producción jurídica en tanto se erigen como instrumentos interpretativos de inestimable valor en la toma de decisiones judiciales.

Siguiendo al profesor Adolfo Alvarado Velloso, quien toma como base de su razonamiento en la definición de lo que entiende por principios procesales, la finalidad del proceso; en ese orden de ideas sostiene que “principio (...) se trata simplemente de un punto de partida. Pero, así como nadie puede caminar hacia ninguna parte (siempre que lo haga tomará una dirección: hacia adelante, hacia atrás, etc.), ese punto de partida deberá ser visto en función de los que se pretende hallar o lograr al llegar (en el derecho privado esto se llama causa eficiente y causa fin)”

Para este jurista el proceso es un método pacífico de debate dialogal “entre dos antagonistas en pie de igualdad (para descartar el uso de la fuerza), ante un tercero (que como tal, es imparcial, imparcial e independiente) que heterocompondrá el litigio (...), formular los principios necesarios para lograrlo implica tanto como trazar las directivas fundamentales que deben ser imprescindiblemente respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone todo el sistema”².

Señala, además, que “los principios procesales deben darse de manera unitaria”, no admitiendo antagonista o contrario alguno. Es decir, si se observa algún contrario a algún principio ya no estaremos en presencia de éste sino de una regla procesal, pues éstas se presentan siempre en forma binaria como pares antinómicos, pudiendo elegir uno u otro³.

3- Principios procesales aplicables al Derecho de Familia:

En este punto consideraremos los principios que rigen en el Derecho de Familia, analizando cómo estos principios que rigen el derecho procesal en general se introducen en una materia tan específica como lo es esta rama del derecho. Para ello se tomará en consideración que, con los recientes cambios, tanto de la legislación de fondo como de la ley especial del fuero de familia, se han generado modificaciones necesarias provocando de manera ineludible un cambio de paradigma. Este proceso implica *un cambio forzoso en razón de que cuando se trata de amparar derechos fundamentales, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan las pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional* (Fallos: 31:563)⁴. En pos de brindar una tutela efectiva por eficaz la que debe provenir no solo de la medida ordenada sino de la sencillez y rapidez de su operatividad.

Varios institutos de la materia de familia, con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, han visto cambios profundos. Así, los principios contenidos en la legislación de fondo implican una regulación sistemática de cuestiones procedimentales aplicables a todo el país, que deberán ser reglamentadas por cada código procesal de las provincias. En el

caso de la Provincia de San Juan, actualmente el proyecto de Código en esta materia ha sido remitido por la Corte de Justicia a la Excma. Cámara de Diputados de San Juan para su tratamiento⁵.

Los distintos procesos en el ámbito del fuero de familia tienen por objeto la resolución de pretensiones que exceden el mero trámite impreso a cualquier proceso, atento que el litigio versa sobre cuestiones que transitan con el devenir propio del mismo por distintos cauces, correspondiendo al juez adaptar las formas en atención a las circunstancias del caso, sin perjuicio de los ajustes razonables que se requieran en atención a la situación de las partes y complejidad del caso.

Gozan, asimismo, del carácter de ser indisponibles, atento a que muchas de sus normas son de orden público y teniendo en cuenta la finalidad de tutela protectoria que persigue, integran un sistema que presenta una serie de características propias que lo distinguen.

En íntima relación con esta situación real, el proyecto del Código Procesal de Familia de la Provincia de San Juan, ha sido receptor de las diversas necesidades que se presentan, plasmando en el Título 1, una serie de normas y principios rectores que brindan herramientas y directrices al Juez o Jueza a fin de hacer operativa la jurisdicción protectoria de los derechos vulnerados.

En este sentido, cuando aludimos a tutela protectoria, como principio del derecho de familia, como tutela efectiva, se hace referencia a la trascendente actitud que asume el Juez de frente al proceso. Su conducta, su función, su actitud observadora necesariamente ágil y activa, con un incremento de intermediación en el caso concreto, facilitada por la oralidad y la informalidad de sus formas, de frente y no de espaldas al justiciable, dando respuestas prontas a la sociedad ⁶, por lo cual además de ser el juez especializado en esta materia, a su vez debe nutrirse del abordaje y mirada que le pueda brindar el equipo interdisciplinario del gabinete técnico que asista al respectivo Juzgado, atendiendo a la circunstancia que los conflictos en el ámbito del derecho de Familia, son muy complejos y la mayoría de las veces, va más allá de cuestiones meramente patrimoniales, abarcando un sinfín de situaciones que si no se tratan de manera integral, sería imposible

darle una verdadera y justa solución al problema, conteste con el inc. b) del art. 706 del CCyCN, y en consonancia con uno de los principios basales en que se funda la Justicia Terapéutica, como más adelante se verá.

Los procesos de familia, han sido regulados en el CCyCN en el Título VIII, Procesos de Familia, del Libro II, Relaciones de Familia, en cuatro capítulos comprendidos entre los arts. 705 al 724. En su art. 706, incorpora una serie de principios generales que sirven como fuente de derecho y como instrumento de interpretación de la norma.

El art 706⁷. del CCyCN consagra los principios rectores a aplicarse en los procesos de familia, señalando a los magistrados directrices orientadoras de su labor, con el claro propósito de hacer efectivas las garantías constitucionales involucradas en estos litigios e impedir su transgresión o desnaturalización debido a la disparidad de criterios en la regulación procesal.

Atento a esta directriz impuesta por la norma sustantiva es que el proyecto del Código Procesal de Familia de la Provincia de San Juan ha recepcionado en su articulado los principios generales adaptados a los procesos de familia.

Estos principios en el artículo 3 del proyecto se encuentran plasmados de la siguiente manera; *“El proceso de familia debe tramitarse con apego a los principios de acceso a justicia, tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, celeridad, oralidad, acceso limitado al expediente y confidencialidad.”*

Asimismo, en el artículo siguiente, regula el proceso de personas en situación de vulnerabilidad, reproduciendo casi literalmente la definición contenida en las Reglas de Brasilia de acceso a la justicia, siendo amplia y abarcativa de los derechos que pretende resguardar⁸.

El artículo 5 también, plasma en la recomendación N° 1963 del XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, en cuanto a la especialidad del fuero de familia el artículo 14 del Título 1, expresamente regula la Flexibilidad de las formas, recomendación N° 1969 del mencionado congreso.

3.1-Tutela Judicial Efectiva:

Desde el enfoque sistémico del proceso, se requiere el diseño de mecanismos que permitan desarrollar la jurisdicción a modo de superar el esquema tradicional que se le atribuye al proceso.

Si lo que realmente buscamos es la existencia de un proceso verdaderamente protectorio, que si bien permite la disputa donde aparece el antagonismo, lo cierto es que, la finalidad o el fin último es la protección del vulnerable. Por ende, se necesitan de mecanismos propios de la materia, en las distintas cuestiones que se presentan durante el desarrollo del proceso, que obligan al Juez, a valerse de estas directrices en pos de obtener resultados para que la protección de los derechos materialmente se efectivice.

La Tutela Judicial Efectiva es el principio rector, sin lugar a dudas, ubicado en el vértice de la escala valorativa constitucional y su alcance comprende la garantía de acceso a la justicia, y se complementa con los principios de concentración y celeridad, ambos derivados del principio de economía procesal. Debe tenerse en cuenta que la tutela judicial efectiva involucra no solo el derecho de acceso a la jurisdicción y los proveimientos adecuados, sino también a los medios ejecutorios eficaces⁹.

Se trata de una directriz que está reconocida como derecho humano en los arts. 8° y 25 CADH, que involucra el derecho a la verdad y el indelegable deber de los jueces de remover obstáculos que impidan el acceso real e igualitario de los ciudadanos a los tribunales y la eficacia de la tarea jurisdiccional. Se plasma en la garantía de acceso a la justicia y el derecho a una sentencia eficaz y efectiva, dictada en tiempo útil, cuyos resultados sean concretos y satisfagan las expectativas sociales sobre el rendimiento del servicio de justicia¹⁰.

La noción de vulnerabilidad, si bien propia del derecho material, cuando se la aprecia en relación al ejercicio de ciertas prerrogativas en sede judicial, busca identificar las desventajas procesales que impiden el ejercicio efectivo de las facultades en juicio y que generan desequilibrio o asimetría entre las partes. La vulnerabilidad procesal constituye un criterio legitimador del tratamiento diferenciado entre las partes que en realidad busca igualar en concreto. Es posible identificar diferentes categorías que se propicia

mitigar, tales como, la vulnerabilidad etaria de los menores, por medio de sentencias que se expresen en lenguaje claro y sencillo, apto para el entendimiento del justiciable a quien va dirigido¹¹. La corte IDH delineó estándares concretos para gobernar el proceso civil toda vez que estén en disputa derechos pertenecientes a personas vulnerables. Resulta de particular utilidad, las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas por la XIV Cumbre Iberoamericana, a las que la CSJN adhiriera y receptadas en el proyecto del Código de Familia de la Provincia de San Juan.

Así, y siguiendo el análisis que realiza la autora Mariela Panigadi¹² “el art. 706 CCyCN incluye como primer principio del proceso de familia el derecho a la tutela judicial efectiva. El contenido de este derecho es muy amplio, ya que despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, al acceder a la justicia; segundo, durante el desarrollo del proceso; y finalmente, al tiempo de ejecutarse la sentencia. Además la tutela judicial efectiva comprende los siguientes derechos: a) a ocurrir ante los tribunales de justicia y a obtener de ellos una sentencia útil, b) a acceder a una instancia judicial ordinaria y a lograr un control judicial suficiente sobre lo actuado en sede administrativa; c) a un juez natural e imparcial; d) a la eliminación de las trabas que impidan u obstaculizan el acceso a la jurisdicción; e) a la interpretación de las normas reguladoras de los requisitos de acceso a la jurisdicción en forma favorable a la admisión de la pretensión evitándose incurrir en hermenéuticas ritualistas (*in dubio pro actione*); f) a que no se desestimen aquellas pretensiones que padecen de defectos que pueden ser subsanados; g) a la no aplicación en forma retroactiva de nuevas pautas jurisprudenciales con relación a los requisitos de admisibilidad, a fin de evitar situaciones de desamparo judicial; h) a petitionar y obtener tutela cautelar para que no se torne ilusorio el derecho que se defiende; i) al cumplimiento de todas las etapas del procedimiento legalmente previsto, el cual deberá asegurar la posibilidad del justiciable a ser oído, y a ofrecer y producir la prueba pertinente antes de dictarse la sentencia; j) a una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas; k) a impugnar la sentencia definitiva; l) a tener la posibilidad de ejecutar en tiempo y forma la sentencia y, por ende, a su cumplimiento por parte de la

autoridad condenada; y m) al desarrollo del proceso en una dimensión temporal razonable”.

Es dable, de igual modo afirmar que, esta rama del derecho, si bien goza de las características propias de las medidas de protección, no es cuestión de transitar por atajos mediante la interposición de medidas cautelares o autosatisfactivas, en un intento de promover un pronunciamiento como urgente, cuando en realidad no tienen visos de serlo. A tales fines, la actividad del Juez cumple una función de importancia preponderante al momento de delimitar el trámite impreso a la petición.

3.2- Importancia del rol del juez en la aplicación del principio de la tutela judicial efectiva:

El fin del proceso tradicional era el dictado de una sentencia favorable luego de expuestas las postulaciones de las partes, con una producción probatoria desarrollada en función de ellas, con un tercero “imparcial” que resolvía la contienda. Ese esquema, muchas veces y por múltiples factores, dejaba afuera la verdad, e impedía que otras voces a las que ese proceso afectaba fueran oídas. La aparición de intereses superiores —como el del niño o el de las personas vulnerables— vino a remozar todo el sistema jurídico y obligó a superar la bilateralidad estricta, tanto respecto de los derechos a tutelar, como en el deber de probarlos, morigerando el efecto del principio de congruencia y de carga de la prueba.

La jurisdicción que se despliega en conflictos que involucran cuestiones de familia se erige en una actividad estatal regida por la tutela judicial diferenciada, protectoria, como variante de la tutela judicial efectiva. Se manifiesta con la existencia de reglas propias y flexibles, funcionales a la complejidad de las situaciones o a las intervenciones en la urgencia, siempre considerando que lo que está en juego son los derechos esenciales de las personas.

Requiere la actuación de un juez activo, procedimientos flexibles, cargas probatorias distribuidas entre las partes —y aun para el juez— soluciones autocompuestas, acentuación de los deberes de colaboración de las partes, y flexibilización de la regla de congruencia. Lo diferenciador de la tutela radica en el privilegio que el legislador otorgó a la protección de

determinados derechos y se plasma tanto en el ámbito procesal como en el sustancial.

El acceso a la justicia, conforme la Corte IDH, constituye una norma imperativa de derecho, que se integra con 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, pero también a que esa sentencia se cumpla. La garantía solo será posible si el proceso se desarrolla con celeridad, concentrando los actos y disminuyendo los gastos del proceso, pues ello hace a la economía procesal¹³.

En consecuencia, el rol que desempeña el juez en los procesos de familia es primordial, máxime tomando en consideración las personas que son parte en el mismo, que muchas veces no se encuentran en pie de igualdad atento a su especial situación de vulnerabilidad, piénsese en los niños, las personas con discapacidad, las mujeres que sufren violencia doméstica, etc., en donde el juez deberá, con su función, tratar de lograr el equilibrio para lograr la igualdad de las partes. Atento estas situaciones que se manifiestan a diario en los estrados judiciales, es que, en nuestra opinión, con atino, el proyecto recepta esta realidad imperante de los justiciables y proyecta un esquema vertebral del proceso protectorio¹⁴, lo que se ha denominado como humanización del derecho.

A esos fines, aparece con claridad meridiana que el principio de las formas debe aprehenderse en su necesaria y paulatina evolución por influjo de diversas pautas de flexibilización, en manos de la racionalidad del Juez¹⁵. Se trata, en consecuencia, de articular por parte del Juez, de técnicas que hacen las veces de verdaderas instituciones equilibradoras y compensatorias de las partes en el conflicto.

En este aspecto el principio de la tutela judicial efectiva entra a jugar un papel fundamental para lograr el mentado equilibrio e igualdad entre las partes, a fin de procurar garantizar, sin discriminación alguna, condiciones de acceso efectivo a la justicia en búsqueda de una autentica igualdad real.

Es así que, mediante el despliegue de determinadas actividades de orden procesal, que en algunos casos solo implican una forma de gerenciamiento del órgano judicial diferente a la tradicional, es posible

obtener el mayor y mejor resultado con reducción del desgaste de las partes y del juez. Donde entran en diálogo estos principios y la Justicia Terapéutica, respecto de la cual nos explayaremos a continuación, por lo cual la concretización de este principio se encuentra estrechamente vinculada con la eficacia de la actuación judicial. La Corte IDH delineó estándares para gobernar el proceso en los casos que se encuentren en disputa derechos pertenecientes a la categoría de vulnerables por su condición¹⁶.

Así el Código lo incorpora cuando faculta o sanciona normas que pretenden eliminar la mora en la definición de las situaciones de vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes, estableciéndose plazos y metas, ensamblándose el sistema de Protección Integral (nacido de la Convención sobre los Derechos del Niño) con las reglas de derecho privado que regulan los deberes de la responsabilidad parental. Los plazos y procedimientos previstos en los arts. 607/609 procuran dotar de economía y celeridad a esos procedimientos, a la vez que configuran formas de control de las medidas dispuestas por los jueces y juezas para revertir la situación familiar disfuncional que originara la intervención estatal.

Los principios cardinales de no discriminación y tutela judicial efectiva respecto de categorías de personas reconocidas por el derecho constitucional-internacional como vulnerables (mujeres, niños, ancianos, discapacitados, conforme art. 75, inc. 23 CN), demarcan el mayor protagonismo de la judicatura con competencia en derecho de familia en el plexo legal analizado. En consonancia con ello resulta el cúmulo de funciones que expresamente se han puesto en cabeza del juez en el nuevo CCyCN.

En definitiva, la regulación jurídica de la familia, sea por medio 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 día, pues de otro modo, no sólo se juega con las normas, sino fundamentalmente, con las personas. De allí, entre otras, la nueva visión de las medidas urgentes, con tantas particularidades en este ámbito¹⁷.

Los niños son considerados como grupo vulnerable por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo que no implica de ninguna manera que deban ser tratados como objeto de protección por parte del Estado, por el contrario, deben verse como *sujetos plenos de derechos*. Esto implica para el Estado el impulso de medidas de protección especiales que les permitan el ejercicio de sus derechos. El reconocimiento formal de los derechos de la infancia es sin duda relevante y se ha visto especialmente previsto en el proyecto de Código Procesal de Familia de la provincia de San Juan.

Sin embargo, en varias ocasiones su vigencia y aplicación se ha visto omitida. De ahí la trascendencia de impulsar ajustes razonables en los procesos judiciales que lleven a la garantía del derecho a la justicia de la infancia¹⁸.

Así, a modo de ejemplo, en una clara recepción tutelar del principio en análisis en concordancia con el principio de perspectiva de la infancia, que si bien no se encuentra regulado específicamente en el Proyecto del Código Procesal de Familia de la provincia de San Juan, surge sin hesitación en el artículo 6; “La decisión que se dicta en un proceso en el que están involucrados derechos de niños, niñas y adolescentes debe estar sujeta a los principios, valores y normas internacionales y nacionales dirigidos a realizar el interés superior del niño”¹⁹, así lo hizo la Sra. Jueza del Primer Juzgado de la OFIJU Familia de la Provincia de San Juan, en una causa en la que otorgó la guarda de cuatro hermanos a su tío paterno, tomando en especial consideración la escucha realizada a los niños y los informes de los equipos interdisciplinarios intervinientes en la referida causa, y en la que se dirigió a los verdaderos protagonistas, los niños, en un lenguaje claro y familiar entendible para quienes iba dirigido el resolutorio.

Estas modificaciones competen a los Poderes Judiciales de la región, en su calidad de garantes del derecho de acceso a la justicia y de los derechos humanos en general²⁰.

El derecho de las/los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados: Este se enmarca dentro de los llamados derechos de participación, y como tal constituye uno de los valores fundamentales para hacer efectiva la

concepción del niño como sujeto de derecho, otorgándole voz, para la consideración del interés superior, para interpretar y hacer respetar todos los restantes derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. De ahí que el Comité de los derechos del Niño ha señalado que el derecho del niño a ser escuchado es uno de los cuatro principios generales de la Convención sobre los derechos del niño. Y asimismo su escucha por parte del juez, sea la adecuada, en lo posible con ayuda y asistencia de los equipos interdisciplinarios, conforme a la edad y situación particular del niño, niña y adolescente, a fin de no victimizarlos y brindarle un trato digno, y adecuado a su grado de madurez, como asimismo lo postula la Justicia Terapéutica.

Señala el autor Mauricio Mizrahi²¹, que resulta necesario diferenciar entre el derecho del niño a ser escuchado y su actuación procesal en el juicio. El art. 12.1 de la CDN por su parte establece: *“los Estados partes garantizarán al niño que está en condiciones de formarse un juicio propio del 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”*. En este punto, el Comité ha interpretado la norma de manera amplia, atendiendo a que la edad del niño no es limitativa para expresar su opinión. Ello en razón de que los niveles de comprensión no van necesariamente unidos a la edad biológica de manera uniforme. Asimismo, exige a los estados el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal, el dibujo, la pintura. En esta inteligencia, amén de oír al niño, hay que tener en cuenta su opinión y considerarla seriamente, no limitándose a la simple percepción pasiva auditiva de los sonidos que emita.

El derecho del niño a ser escuchado en los asuntos que le afectan, es un principio fundamental que necesariamente tiene que ser atendido en los procesos judiciales en que éstos estén involucrados. La **participación** del niño, niña o adolescente en un procedimiento judicial no se garantiza exclusivamente permitiendo la exposición de sus puntos de vista. Tanto instancias del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos como documentos internacionales han establecido la necesidad de tomar *una serie de medidas para garantizar la participación idónea de la infancia*.

De esta forma, el derecho de las y los niños y adolescentes a participar en un procedimiento judicial trae consigo la necesidad de impulsar algunas *adaptaciones procesales*, las cuales deberán ser impulsadas tanto antes de que éste inicie como durante el desarrollo del mismo²².

En el Congreso Internacional de Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia que se realizó en Mendoza en el año 2018, la Comisión N°1 sobre *El rol de los niños, niñas y adolescentes en los procesos civiles. Principios procesales. Abogado del niño*, concluyó: “El derecho fundamental de la niña, niño o adolescente a ser oído interpretado conforme el principio de autonomía progresiva, amplía su capacidad procesal o capacidad de ejercicio en todo juicio donde se decidan cuestiones que puedan afectarlo, entendida como la aptitud legal de formular peticiones o contradecirlas válidamente”²³

En el XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrado en San Salvador de Jujuy, la Comisión 4- Jurisdicción preventiva y de protección. Subcomisión 1 – Tema: Las reformas y la efectividad de la justicia de familia, propuso como recomendaciones para la justicia de familia: Adoptar el activismo judicial, que debe acentuarse cuando estén involucradas personas en situación de vulnerabilidad. Incorporar la flexibilidad y adaptación de las formas y la flexibilización de la congruencia.

Estas recomendaciones han sido plasmadas en el Proyecto del Código de Familia de la Provincia de San Juan en su parte General, Título1, Artículo 13 respecto al lenguaje que debe utilizarse en las resoluciones judiciales demás actos procesales y en su artículo 14 que dispone la flexibilidad de las formas y perspectiva de género.

Asimismo, en su art. 8 establece principios y normas en los procesos que intervengan personas con discapacidad.

En este sentido, desde la Justicia Terapéutica (TJ), se impulsan algunas consideraciones a tener en cuenta por el/la Juzgador/a al momento en que los N,N y A sean partícipes en un proceso, tales como: Informar al niño, niña o adolescente sobre las etapas del juicio, lo que implica cada una de ellas, la importancia de su participación, lo que se espera de éste, en particular conocer su punto de vista sobre lo ocurrido. Escuchar al niño, niña o adolescente, de manera oficiosa, aun cuando no haya sido a petición de

parte. Garantizar que existan condiciones adecuadas para la participación diferenciada y especializada. Que la opinión del niño forme parte explícita del razonamiento de lo resuelto.

Es así que la TJ, por sus siglas en inglés, postula humanizar la ley focalizando en el lado humano, emocional y psicológico de la ley y los procesos legales, para así promover el bienestar de las personas que impacta. Bajo este concepto la misión de impartir justicia se replantea desde un enfoque más humanista, donde las ciencias de la conducta, las teorías sociales y el conocimiento científico se incorporan en el proceso para una intervención con fines terapéuticos. La teoría Jurídica Terapéutica critica diferentes aspectos de la ley y su aplicación porque produce consecuencias anti terapéuticas dentro de un marco de salud mental, para las personas que se supone buscan la ayuda de la ley (Winik, 2003). Tiene como objetivo humanizar la aplicación de la ley centrándose en el lado humano, emocional y psicológico de la ley y los procesos legales, para así promover el bienestar de las personas a las que impacta. Bajo este concepto la misión de impartir justicia se replantea desde un enfoque más humanista, donde las ciencias de la conducta, las teorías sociales y el conocimiento científico se incorporan en el proceso (desde la creación de la ley misma, hasta la impartición de justicia) para una intervención con fines terapéuticos (mejorar la salud mental y el bienestar emocional²⁴).

Sin perjuicio de lo expuesto, y a los fines de cuidar integralmente al N,N y A, sabemos que la participación de los mismos, también tiene sus límites. La Comisión se ha expedido al respecto, señalando, que no debe ser entrevistado con una frecuencia mayor a la necesaria, por ejemplo. En el mismo sentido, se expresan las Reglas de Brasilia (art. 69). Salvo, cuando sea el propio N, N o A quien requiera de manera directa al Juez/a ser oído.

Conductas o consideraciones a tomar al oír a los N, N y A: Como se señalaba de forma enunciativa en los párrafos que anteceden, estas consideraciones o principios, deben aplicarse en toda ocasión en la que un niño, una niña o un adolescente estén involucrados en un procedimiento judicial. Se trata de directrices que guían el proceso a ser tomadas antes de que éste inicie (tales como informar y preparar la niño), durante el mismo (asistencia, acompañamiento de una persona de apoyo, toma de testimonio,

privacidad y medidas para proteger la intimidad, evitar el contacto con adultos que puedan afectar emocionalmente al niño, medidas de protección, entre otras) y después (relacionadas con la valoración del dicho infantil o tratándose de un asunto que afecta a un niño, niña o adolescente con posterioridad al juicio).

Por otro lado, el contacto directo entre el Juez/a y el niño requiere de parte de este de una preparación necesaria a los fines de comprender acabadamente el real significado de oír la voz del niño para así evitar la revictimización. En este sentido la Regla 1.6 de Beijing, expresa: *“Los servicios de justicia de menores se perfeccionarán y coordinarán sistemáticamente con miras a elevar y mantener la competencia de sus funcionarios, e incluso los métodos, enfoques y actitudes adoptados.”* Se ha señalado que lo deseable es que el/la juzgadora se comuniqué con los niños mirándolo/s a los ojos, usando un lenguaje coloquial o familiar, en pocas palabras y sencillas a un discurso técnico, ***“hablando con el corazón, libremente, con emoción y autenticidad”***²⁵

La necesaria preservación de la intimidad y del entorno físico, para lo cual no resulta propicio la presencia de varios o muchos interlocutores y debe llevarse a cabo en un entorno neutral, cómodo, seguro, confiable, contenedor más no intimidatorio. En idéntica línea a la ya expresada, la Observación General N°12 del Comité, señaló: *“no se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad”, “...También puede resultar conveniente la presencia en el acto de una persona que se configure como referente emocional”* Reglas de Brasilia N°65.²⁶

Otra cuestión de relevancia se torna en el deber de informar previamente al niño a la celebración de la audiencia, como complemento al derecho a ser escuchado. En relación a lo expuesto será necesario decirle dónde está, con quién, porqué, cuál es la finalidad de su presencia. Ello a los fines de crear un ambiente de tranquilidad y de condiciones emocionales aptas para que el niño se exprese libremente. Esto ha sido señalado expresamente por la Observación general N°12. Deberán abordarse por personal capacitado al efecto (psicólogos por ej) los miedos,

preocupaciones, temores y toda aquella emoción relacionada que manifieste el niño previo a la audiencia (Reglas de Brasilia N°63 y 64).

Deben comunicarse los resultados del Juicio. De importancia relevante resulta transmitir al niño lo decidido por la Justicia, más aún cuando la sentencia resuelve de un modo diferente a lo que el niño ha manifestado o verbalizado. *“Es fundamental que el juez al enfrentarse con conflictos en los que se encuentra comprometida la persona de menores recabe la opinión de los mismos, a través de una formulación amplia e inespecífica, contando en todos los casos con el auxilio de peritos terapeutas familiares. El derecho a ser oído reviste carácter personalísimo, por lo que no puede admitirse que se supla su ejercicio a través de la figura del representante promiscuo del menor, el Asesor de Menores. Escuchar a los menores no implica que deba atenderse necesariamente a sus preferencias expresadas, si de los elementos obrantes en poder del juez, en particular los provenientes de una objetiva valoración de su medio -para lo cual cabe contar con el aporte inestimable de asistentes sociales, psicólogos, psiquiatras-, surge que satisfacerlas no es conducente al logro de su superior interés, en cuyo caso se torna necesario equilibrar esa posible frustración mediante adecuados auxilios terapéuticos y fundamentalmente orientándolo a la comprensión de la decisión y sus motivos. De todos modos, es indispensable que en tales supuestos de colisión con el deseo de los menores el juez exprese los motivos de su apartamiento de la opinión recogida. (Del voto del Dr. Pettigiani.)0.0675542 || O., N. L. s. Protección contra la violencia familiar (Ley 12569 de la Provincia de Buenos Aires) /// SCJ, Buenos Aires; 20/09/2006; Rubinzal Online; RC J 2834/06*

4- Conclusión. -

Si tomamos en cuenta los principios procesales en general, y los principios específicos del derecho de Familia, se advierte que los mismos adquieren una singular particularidad en orden al conflicto en si mismo, a las personas existentes detrás de cada conflicto y al rol que debe desempeñar el juez en estos casos, quien debe conducir su accionar de manera tal procurar equilibrar en cada el proceso la situación de desigualdad entre las partes.

Dicho equilibrio se puede obtener aplicando en especial el principio de la tutela judicial efectiva, el cual implica muchas variables que el juez debe ponderar en cada caso particular sin dejar de tener en cuenta que la persona individual que recurre ante los estrados judiciales a fin de que solicite la resolución de un conflicto, requiere que la decisión que lo involucre sea justa y emitida en tiempo oportuno.

En estos casos, el juez adquiere un rol importantísimo en orden a procurar la defensa y protección de la persona vulnerable dentro del conflicto familiar de que se trate. La actividad jurisdiccional requiere de jueces probos, éticos, que utilicen el proceso para arribar a la justicia del caso, con una razonada aplicación del derecho y principios de todo el orden constitucional, en función de valores superiores que son caros a la sociedad, entre ellos el de la igualdad, como ya dijimos.

Este principio de la tutela judicial efectiva es sin hesitación alguna una derivación razonada del principio de igualdad ante la ley consagrado en nuestra norma fundamental, pues no obstante a que el mismo presupone el abandono de la idea de neutralidad en miras a brindar un tratamiento particular, se encamina en definitiva otorgar una mayor protección a quienes, en razón de factores estructurales, se encuentran en una situación de clara desigualdad respecto de la otra parte, atento a su particular condición de vulnerabilidad, en especial cuando se traten de niños, niñas y adolescentes.

Desde el proyecto del Código de Familia por medio de la reglamentación que en apartados anteriores hicimos referencia, sumado a lo preceptuado en el articulado 66, respecto al principio de colaboración de la prueba y el artículo 88 que regula los procesos urgentes otorgándole al Juez/Jueza potestades judiciales a fin de lograr una tutela real y efectiva, entendemos que ha quedado plasmada la realidad que se “vive” en los Juzgados de Familia, en especial si una situación que no se encuentra específicamente regulada, por medio de la aplicación de los principios y normas previstos, tanto en el plexo normativo internacional, como nacional y ahora provincial será abordada en una clara materialización del sistema protectorio. En consecuencia, aplicando todos estos principios y cuerpo

normativo, bajo la mirada de la TJ, en especial la interdisciplina, se pretende que el proceso tenga un efecto terapéutico, haciendo que la justicia sea un poco más humana y cercana a la gente, en especial a los más vulnerables. Si el juez pone en práctica todos los principios consagrados del derecho de familia y en la Justicia Terapéutica, en especial el de la tutela judicial efectiva, no cabe duda que una justicia más humana y más cercana a la persona y a la sociedad misma es posible.

5- Bibliografía:

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo Eduardo; *Teoría General del proceso: El Proceso Judicial*; Tomo 1; Ed. Astrea; Buenos Aires; Año 2015.-
- AZPIRI, Jorge O., *Incidencias del Código Civil y Comercial Derecho de Familia*, Hammurabi, Año 2015.-
- GOZAINI, Osvaldo A.; *El desplazamiento de los principios procesales hacia las garantías que consolidan un derecho nuevo: El Derecho Procesal Constitucional*; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; Año 2015; <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3824/15.pdf>.-
- HERRERA Marisa, CAMELO Gustavo y PICASSO, Sebastián; *“Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”*; Tomo I; 1º Edición, Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires 2015.-
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; *Derecho procesal de familia. Principios procesales*; consultado en fecha 29/05/2020 en https://aadproc.org.ar/pdfs/ponencias/Procesal_de_Familia_Kemelmajer.pdf.-
- Berizonce, Roberto O., Paradigma protectorio y principios de la prueba en los procesos sobre derechos “sensibles”, *Revista de Derecho Procesal*, Año 2016 – N° 2 – 121
- LORENZETTI, Ricardo Luis; *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*; Tomo IV; Ed. Rubinzal- Culzoni; Año 2015.-
- NUÑEZ, Blanca, CANIZA de PAEZ, Stella, PÉREZ, Beatriz, SEDA; *Futuro, Familia, y Discapacidad*; 1a ed. 1ª reimp. – Ciudad Autónoma

- de Buenos Aires; Lugar Editorial; Año 2019; ISBN 978-950-8920-533-6.-
- PALACIO, Lino E.; *Derecho procesal civil*, 2ª. Ed.; Ed. Abeledo Perrot; Buenos Aires, Año 1979; Tomo I.-
 - PANIGADI, Mariela; *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Directores Julio Cesar Rivera y Graciela Medina, t. II, Libro II, Título VIII, Capítulo I, Mariela Panigadi. Primera edición, La Ley, Bs. As., Año 2014.-
 - REAL ACADEMA ESPAÑOLA; *Diccionario de la lengua española, Edición del Tricentenario*; en <https://dle.rae.es/principio>.-
 - SEDA, Juan Antonio; *Discapacidad y Derechos. Impacto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, 12 ed. 1ª reimp.; Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Editorial Jusbaire; Año 2018. ISBN 978-987-4057-72-3.-
 - MIZRAHI, Mauricio Luis – Responsabilidad Parental – Pag. 55/66 – Editorial Astrea.
 - GROSMAN, Cecilia. Responsabilidad Parental – Derecho y Realidad – Una perspectiva psico-socio-jurídica. – Pag. 29 – Rubinzal Culzoni

¹ Esta temática asimismo forma parte de nuestro trabajo de investigación que estamos llevando a cabo en la Universidad Católica de Cuyo, denominado: “Acceso a la Justicia: Propuestas para la implementación del Código Procesal de Familia de San Juan y para la capacitación de operadores jurídicos bajo la consideración de los principios de la Justicia Terapéutica”.

²ALVARADO VELLOSO, ALVARADO VELLOSO, Adolfo Eduardo; Teoría General del proceso: El Proceso Judicial; Tomo 1; Ed. Astrea; Buenos Aires; Año 2015; pág. 99 y sgs.-

³ A modo de ejemplo puede citarse a reglas procesales de la oralidad y al escritura; intermediación y delegación; instancia única e instancia múltiple; tribunal unipersonal o colegiado; publicidad y secreto; concentración y diversidad; preclusión y unidad de vista ; libertad de las formas y la legalidad de las formas, etc.-

⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación Interés superior del niño: protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes/ 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2020. Libro digital, PDF/A Archivo Digital: descarga y online ISBN 978-987-1625-81-9 1. Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. I. Título. CDD 341.48572. Ver en: <http://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/suplementos/suplemento/1/documento>

⁵ Ver información en: <https://diputadosanjuan.gob.ar/prensa/item/10274-jueces-y-legisladores-analizaron-el-codigo-procesal-de-familia>.

⁶ El Juez poscolonial, en Revista de Derecho Procesal N°2014-2, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p.140

⁷ El referido artículo dispone que: “El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. a) Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de

personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos. b) Los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario. c) La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas”.

⁸ Bases para la regulación procesal de las tutelas diferenciadas. Roberto Omar Berizonce. Pag. 19 – Ponencias Generales – XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal San Juan – Argentina 2019.

⁹KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA Marisa, LLOVERAS Nora; *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*; T. IV, Rubinzal – Culzoni Editores, 2014, págs. 430-432.-

¹⁰ HERRERA Marisa, CAMELO Gustavo, y PICASSO Sebastián, “*Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*”, Tomo II, 1º Edición, Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires 2015, pág. 544-545

¹¹ Berizonce, Roberto O., Paradigma protectorio y principios de la prueba en los procesos sobre derechos “sensibles”, *Revista de Derecho Procesal*, Año 2016 – N° 2 – 121

¹² PANIGADI, Mariela, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Directores Julio Cesar Rivera y Graciela Medina, t. II, Libro II, Título VIII, Capítulo I, Mariela Panigadi. Primera edición, La Ley, Bs. As., 2014, p. 629 y ss.

¹³HERRERA Marisa, CAMELO Gustavo, y PICASSO Sebastián; op. cit.; Pág. 544-545.-

¹⁴“La jurisdicción protectora...”, JA 1986-II, ps. 305 y ss, Profesor Augusto Morello.-

¹⁵ Berizonce, Roberto O., Paradigma protectorio y principios de la prueba en los procesos sobre derechos “sensibles”, *Revista de Derecho Procesal*, Año 2016 – N° 2 – 121

¹⁶ Corte IDH, 27.2012, “Forneron e hija vs Argentina”

¹⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Derecho procesal de familia. Principios procesales. Consultado en fecha 29/05/2020 en*
https://aadproc.org.ar/pdfs/ponencias/Procesal_de_Familia_Kemelmajer.pdf

¹⁸ Disponible en
http://migracion.iniciativa2025alc.org/download/19ALCc_Protocolo_Iberoamericano.pdf

¹⁹ Expte N°2559 – en Autos CARATULADOS "O.D. A. C/ O.O.G. S/ GUARDA"
²⁰ Disponible en

http://migracion.iniciativa2025alc.org/download/19ALCc_Protocolo_Iberoamericano.pdf

²¹ MIZRAHI, Mauricio Luis – Responsabilidad Parental – Pag. 55/66 – Editorial Astrea.
²² Disponible en
http://migracion.iniciativa2025alc.org/download/19ALCc_Protocolo_Iberoamericano.pdf

²³ GROSMAN, Cecilia. Responsabilidad Parental – Derecho y Realidad – Una perspectiva psico-socio-jurídica. – Pag. 29 – Rubinzal Culzoni

²⁴ Wexler & Winick, 1996, 2003; Fulton, Schma & Rosenthal, 1999, Wexler, 2000. en López Beltrán, 2012.

²⁵ Nasio, *Escuchar a un niño es una manera de educarlo*. “La Nación” 26/08/01, sec. Cultura, p. 16.

²⁶ MIZRAHI, Mauricio Luis – Responsabilidad Parental – Pag. 55/66 – Editorial Astrea.