XXVIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL.

COMISION Nº 4 . JURISDICCION DE PROTECCIÓN:
LAS FORMAS Y LA EFECTIVIDAD DE LA JUSTICIA DE FAMILIA.

TEMA: *Los principios de inmediación y tutela judicial efectiva en los procesos por ejecución de regímenes de comunicación a la luz del nuevo Código Civil y Comercial. La necesaria adecuación de la legislación procesal*.

AUTORAS:

Dra. Rebeca Natalia Ropero. Dirección: Calle Balcarce N° 920, Dpto. 2, Godoy Cruz, Provincia de Mendoza, C.P. 5501. Teléfono 0261-155875662. E- mail: rropero@jus.mendoza.gov.ar

Dra. María Florencia Castro. Dirección: Calle Paraíso 2743, Chacras de Coria, Luján de Cuyo, Provincia de Mendoza, C.P. 5505, Teléfono 0261-153669713

(Las autoras dejan expresada su voluntad de participar en el concurso previsto por el art. 7 del Reglamento del Congreso.)

BREVE SÍNTESIS DE LA PROPUESTA

Debe adecuarse la legislación procesal de tal modo que resulte para el juez obligatorio oír a los progenitores y al niño, niña o adolescente[1], fijando audiencia de conciliación con carácter previo al despacho del mandamiento de ejecución del régimen de comunicación entre padres e hijos no convivientes, y determinar-en tal caso- el procedimiento a seguir. El esquema ejecutivo clásico, contenido en las diversas normas procesales, resulta actualmente inadecuado e ineficaz en aquellos procesos por los cuales se reclama el cumplimiento de un régimen de comunicación, ya sea fijado por el juez o acordado por las partes.

El régimen de comunicación

Se ha dicho que la relación entre un niño o niña y sus progenitores es el principal sustento de su aparato psíquico en los primeros años de vida, y posteriormente los dota de los modelos de resolución de sus necesidades vitales. "El recién nacido es percibido como un ser diferenciado, pero depende absolutamente de los adultos para preservar su vida; para poder ser reconocido como humano deberá ir desarrollando una serie de procesos que implicarán su humanización progresiva. En esta evolución, la familia juega un rol primordial, *constituyendo la interacción del niño con el padre y la madre el factor decisivo de una normal maduración física, emocional y psíquica...."* [2]

A su vez, el rol que desempeñan ambos progenitores debe mantenerse incólume por sobre las circunstancias que determinaron la ruptura de la relación entre los mismos. En este sentido, se ha sostenido que el derecho de padres e hijos a establecer y conservar relaciones personales entre sí, comprende las distintas manifestaciones de recíproco afecto, el continuo trato y la permanente comunicación, que contribuye a satisfacer en unos y otros naturales y legítimas aspiraciones derivadas de los lazos de sangre o afinidad, cuyo fundamento no está ligado a la subsistencia del vínculo matrimonial ni a

[1] A modo de aclaración preliminar, se consignará con la sigla N.N.A. a la referencia que se haga a lo largo del presente trabajo a niñas, niños o adolescentes.
[2] GROSMAN, Cecilia, ¿Es la suspensión del régimen de visitas una medida conveniente ante la falta de los alimentos?, L.L., doctrina, ejemplar del 13/5/93).

la vida en común de los padres, ni depende tampoco de si se tiene a cargo o se carece de la custodia de los niños. [3] .

A continuación, analizaremos aquellos aspectos relativos a la ejecución de los regímenes de contacto, a la luz de los principios procesales contenidos en el nuevo Código Civil y Comercial.

Marco legal vigente y la práctica en los tribunales de familia.

La ley provincial N° 6354, sancionada en el año 1995, es la que establece los procedimientos a seguir en el fuero de familia de la Provincia de Mendoza. A lo largo de su articulado, regula para las diversas causas por las cuales se le atribuye competencia a los Jueces de Familia, el proceso ordinario, sumario y sumarísimo, en los art. 77 a 107.

A su vez, en el art. 76, establece expresamente que en las causas que se promovieren en virtud de lo dispuesto por las normas atributivas de la competencia material "*deben observarse las normas de procedimiento establecidas por la presente ley, y supletoriamente las disposiciones del Código Procesal Civil, en cuanto no fueren incompatibles*."

Cabe poner de resalto que la ley provincial a la que se hace referencia, no contiene en su articulado disposiciones que regulen la etapa de ejecución de sentencia en las causas que se resuelven por ante el fuero de familia. A su vez, el Código de Procedimientos local tampoco prevé alguna norma similar al art. 511 del C.P.C.N., que permita adaptar el proceso ejecutivo (en general), a las circunstancias del caso concreto.

Por dicha razón, y en virtud de la remisión genérica que la Ley 6354 hace al código procesal, actualmente se aplican las normas generales contenidas en la ley de rito a las ejecuciones de sentencias en el fuero de familia.

El Código Procesal Civil mendocino, en punto al tema específico que nos ocupa, regula en su art. 273 las distintas formas que puede asumir la ejecución de sentencias judiciales, según se trate de obligaciones de dar, hacer o no hacer. El inc. 5° , en punto a las obligaciones de hacer, dispone que: "*Si condenare a hacer alguna cosa y el ejecutado no la hiciere en el*

[3] Corte Constitucional Colombiana, sentencia Nº T-290, 28/7/93

plazo señalado en la sentencia, el juez ordenará, a opción del ejecutante, que se haga a costa del deudor o que éste pague los daños y perjuicios provenientes de su inejecución…"

Así, ante cualquier proceso ejecutivo por régimen de comunicación, la norma manda a despachar el mandamiento correspondiente, que en términos generales, contiene: 1) El emplazamiento para que el progenitor o progenitora que no cumple con el régimen fijado lo haga (generalmente en un corto plazo). 2) El apercibimiento de dar intervención a la justicia penal a fin que se investigue el delito de desobediencia- art. 239 del C.P.- en caso que el emplazamiento no sea cumplido, y/o el delito previsto por la Ley 24.270. 3) El apercibimiento de la aplicación de astreintes u otras condenaciones conminatorias de carácter pecuniario, generalmente establecidas por cada día de incumplimiento. 4) El apercibimiento de incluír al demandado en el Registro creado por la ley Nº 7644 de Obstaculizadores de lazos familiares, o revisar la guarda o custodia conferida oportunamente. 5) La citación para defensa de la parte demandada.

No obstante lo expuesto, la práctica judicial demuestra que existen casos en los cuales la ejecución se inicia transcurrido determinado tiempo desde el dictado de la sentencia que, en principio, es título ejecutivo hábil. Pero durante dicho lapso de tiempo, por ejemplo, pueden haberse suscitado situaciones de violencia intrafamiliar, o puede haber intervenido el Órgano Administrativo en el marco de la aplicación de la Ley 26.061, adoptando determinadas medidas de protección de derechos en relación a los N.N.A.

En otros casos, simplemente y sin que existan intervenciones judiciales o administrativas previas, o sin que haya transcurrido demasiado tiempo desde el dictado de la sentencia de fondo, es factible que existan situaciones de diversa índole que hayan desencadenado la interrupción del contacto.

Es decir, puede configurarse un incumplimiento liso y llano por parte del progenitor que ejerce la responsabilidad parental, que no encuentre justificativo alguno, o puede haberse generado una situación que- en principio- justifique que no exista contacto entre el N.N .A. y el progenitor no conviviente, en protección a su superior interés.

Ninguna de las situaciones antes descriptas pueden verificarse sin que el juez tome contacto personal y directo con las partes, previo a “obligar” al restablecimiento del contacto despachando un mandamiento de ejecución. Nada de lo que haya sucedido en el seno del grupo familiar se puede siquiera inferir de ese “título ejecutivo hábil” que es la sentencia. Así, se visualiza un esquema rígido, que no atiende adecuadamente todas aquellas circunstancias que puedan haber originado el incumplimiento (supuesto o real) por parte del progenitor que convive con el N.N.A.

Así, y ante el vacío legislativo en la norma específica- Ley 6354-, los tribunales de primera instancia han ido adoptando distintos criterios a la hora de dar trámite a las causas de este tipo. Mientras algunos han sostenido el criterio de aplicar la norma procesal correspondiente, que indica el despacho del mandamiento de ejecución, otros han optado por encauzar el proceso por otras vías.

En un interesante precedente resuelto por la Excma. Cámara de Apelaciones de Familia de la Provincia de Mendoza[4], se resaltó la importancia de acentuar la función inmediadora y conciliadora que necesariamente debe tener el juez de familia, y su inexcusable “apertura” frente a este tipo de procesos, a fin de hacer efectivos los derechos contenidos en las leyes de fondo.

La demandada en un proceso por ejecución de régimen de comunicación, promueve incidente de nulidad contra el auto de mandamiento, fundado en que se vulneraba su derecho de defensa toda vez que se la conminaba a cumplir con el régimen dispuesto en el término de 24 hs y se la condenaba en costas, mientras que se la citaba para defensa en el término de 72 hs, por lo que- sostuvo-, el a quo dio por sentada una presunción de incumplimiento en su contra ya que era ella quien debía acreditar que cumplió, cuando en realidad el supuesto “incumplimiento” no existió, y la parte actora no aportó datos que así lo demostraran, tal como

[4] (C.A.F., Provincia de Mendoza, Autos N° 1372/12/2°F-23/13, “A.C.A c/ C.L.G. p/ Ejecución de Sentencia”, 17/02/2014)

había sido fijado en la sentencia de fondo. Agrega que la citación para defensa, en consecuencia, resultaba abstracta y vacía de contenido.

La Cámara hace lugar parcialmente al recurso, admitiéndolo en torno a la imposición de las costas pero denegándolo en lo relativo a la supuesta indefensión. Con acertado criterio, sostuvo que desde lo "técnico" no se vulneró el derecho de defensa de la demandada, por cuanto se aplicó el código de rito por expresa remisión legal (art. 76 de la Ley 6354, art. 273 del C.P.C.), y se la citó para defensa, por lo que no cabe despachar favorablemente la nulidad, pero recalcó la necesaria flexibilización de las formas en este tipo de procesos, y la consecuente adaptación de las normas procesales atendiendo a la naturaleza de la causa.

"*Los tribunales de primera instancia frente a una ejecución de estas características,* ***pueden acudir a vías alternativas****,* ***flexibilizando la ejecución. Podrían disponer la citación previa de las partes a una audiencia, o escuchar a los niños, despachar el requerimiento de cumplir la obligación o aún incidentalizar*** *la ejecución. Se reconoce que los tribunales de familia cumplen una función jurisdiccional diferente. Se rigen por normas de organización y procedimiento especiales que regulan las vías atendiendo a la naturaleza de la cuestión y proveyendo además al cumplimiento de una función docente que le es inherente y no escapa a la propiamente jurisdiccional sino que la complementa. Así esta función atípica será altamente beneficiosa para los cónyuges, la familia y también para la sociedad. La misión de los jueces de familia ha de ser pacificar el enfrentamiento, clarificar las posiciones de las partes y ordenar conductas a partir de la fijación de ciertos puntos"*[5]

El Tribunal de alzada agregó, en torno a la flexibilización de los procedimientos, que debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad y lo que se califica como "modalización de la sentencia". "*Bajo esta óptica se trata de optimizar, facilitar o posibilitar el cumplimiento de la resolución judicial y aplicar el procedimiento de ejecución que resulte consonante con los principios de celeridad, economía de trámite*

[5] El subrayado pertenece a la cita bibliográfica correspondiente a *Angelina Ferreyra de De La Rúa-María Virginia Bertoldi de Fourcade, Régimen procesal del Fuero de Familia, Depalma, Buenos Aires, 1999-*, realizada por el Tribunal de Alzada.

y defensa del obligado, ya que ***no existe tutela judicial efectiva sin que la sentencia se cumpla. Las normas procesales no podrían aplicarse sin más a la ejecución de la resolución que homologa un convenio de visitas****, en tanto las mismas deberían ser adaptadas a la especial situación que se presentara en supuestos donde se ejecuta una sentencia que fija un régimen de visitas o, más concretamente --como ocurre en autos-, la sentencia que homologa el convenio que concretiza el régimen de visitas del progenitor no conviviente*."

La norma del C.C.y C. La tutela judicial efectiva y el necesario rol protagónico del juez.

El art. 706 del C.C.y C. consagra los principios que deben tenerse en cuenta en los procesos de familia, entre los cuales se encuentran la tutela judicial efectiva- ya contenido en los Tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad-[6] , y la inmediación.

Se ha dicho que: "El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva…se trata del derecho de hacer valer los propios derechos, cuyo contenido evoca los denominados derechos y garantías materiales y formales de la organización y el procedimiento, el *due process* fundamental. Son los instrumentos indispensables para la realización y aseguramiento de los (demás) derechos fundamentales, a través de las específicas técnicas orgánico funcionales y técnicas procesales. Semejantes técnicas orgánicas y procedimentales en realidad comportan, tanto en vía del legislador cuanto por creación pretoriana, el diseño de verdaderas y propias instituciones equilibradoras y compensadoras de las situaciones concretas de las partes en el litigio, y el paralelo ***rol operativo*** que se adjudica al juez; todo precisamente para salvaguardar aquellos derechos de tutela preferente que no deben naufragar ni menguarse en su tránsito por el proceso jurisdiccional. Es así como se va configurando entonces una verdadera *"justicia auxiliatoria, de acompañamiento o protección", "de rostro más humano", que tiene como finalidad asegurar el reconocimiento de los derechos y su*

[6] Declaración Americana de los Derechos y deberes del hombre, art. XVIII; Declaración Universal de Derechos Humanos, art.8; Declaración Americana de Derechos Humanos, art. 25

operatividad en concreto, que no puede frustrarse por la incidencia de ápices puramente formales."[7]

Ahora bien, cabe preguntarnos entonces ¿se garantizan adecuadamente los derechos de los N.N.A. y se respeta el interés de todo el grupo familiar si no se escucha a sus integrantes? Entendemos que en casos como los que nos ocupan, el efectivo cumplimiento del principio de tutela judicial efectiva va inescindiblemente unido con el principio de inmediación. Por la multiplicidad de factores que pueden haber incidido para la interrupción del contacto, es necesario que el juez se nutra de la realidad familiar existente en el momento en el cual se "ejecuta" el cumplimiento del régimen de comunicación.

La práctica judicial indica que el despacho sin más del mandamiento no logra hacer efectivo el restablecimiento del contacto. Los plazos por los cuales se libran los apercibimientos indicados precedentemente no se cumplen, y solo se dilata en el tiempo la resolución del conflicto, agudizándolo y aumentando el estado de tensión de todo el grupo familiar.

La doctrina tiene dicho en este punto que: "*Cuando las dificultades se plantean por la realidad de un padre incumplidor o, por el contrario, por la existencia de un obstaculizador, el tribunal de familia debe verificar y controlar su forma de cumplimiento con el fin de desactivar estas actitudes, proponer alternativas y prevenir sobre las consecuencias gravosas que la situación puede ocasionarles. .. El incumplimiento de un régimen de contacto produce perjuicios psicológicos en el menor, quien generalmente se siente afectado por la ausencia.* ***Sin embargo, no es posible imponer en forma coactiva el contacto****. Creemos que el único método funcional es el camino de la persuasión que se inicia a partir de las reglas educadoras que señalan los integrantes del fuero familiar y que procuran proveer fundamentalmente a la reflexión de los padres… Caso contrario el resultado final puede ser la desintegración parental*."[8]

---

[7] Berizonce, Roberto Omar: "Técnicas orgánico-funcionales y procesales de las tutelas diferenciadas", en Revista de Derecho Procesal, Año 2009, Tutelas Procesales Diferenciadas II, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, año 2009, pág. 31.

[8] Ferreyra de De La Rúa, Angelina: "Aspectos procesales de la tenencia y del régimen de visitas", en Revista de Derecho Procesal, Derecho de Familia II , Año 2002, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, año 2002, pág. 129/130

Una de las técnicas procesales adecuadas que permite resolver más ágilmente el conflicto, es la fijación de una audiencia previa de conciliación en el primer decreto que provee la ejecución, y antes de librar el "mandamiento". Dicha audiencia, inexorablemente, debe ser conducida por el juez de la causa, quien en definitiva es quien tomará la decisión que mejor contemple la totalidad de los intereses en juego, teniendo siempre como norte el interés superior del N.N.A.

En el Tribunal donde ambas ponentes se desempeñan como Secretaria y Prosecretaria-respectivamente-, la Sra. Juez titular ha adoptado el criterio que sostenemos en el presente trabajo. Inmediatamente que ingresa un proceso ejecutivo con estas características, en el primer proveído se ordena la unión por cuerda de las causas conexas, -con el objeto de compulsar los antecedentes del grupo familiar- y la fijación de una audiencia de conciliación , contrastando así la realidad anterior y posterior al origen del conflicto, escuchando a todos sus protagonistas y tomando la decisión que mejor contemple el interés familiar.

"*La inmediación-consecuente con la oralidad- aporta al proceso numerosos datos que enriquecen el conocimiento de la realidad familiar. Y también es por ello que, como recuerda Berizonce, la oralidad y la inmediación no son para jueces cómodos: el proceso oral es el hecho de que estén los jueces cara a cara con el ciudadano…. Requiere un juez protagonista, que tome la iniciativa, interrogue y dialogue con las partes. Dice más de un juez su ausencia en una audiencia que su impecable sentencia desbordada de citas doctrinarias y jurisprudenciales. Porque la inmediación requiere el compromiso de un juez presente, que perciba y sea percibido por la familia en toda su humanidad. Una justicia de proximidad repara en el detalle de la mirada del otro y se compromete a partir de la inmediación con la familia..*"[9]

CONCLUSIONES:

Si bien los jueces han brindado soluciones ante los vacíos legales antes existentes, el nuevo Código Civil y Comercial nos otorga hoy una

[9] Ballarín, Silvana: "Justicia de Proximidad: razones para la inmediación en el proceso de familia", en Revista de Derecho de Familia N° 51, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, pag. 51 y 54

herramienta inmejorable para hacer efectivos los derechos que consagra, incluyendo expresamente los principios de tutela judicial efectiva e inmediación, que a su vez se encuentran contemplados en los Tratados internacionales con jerarquía constitucional.

El derecho procesal, así, no puede permanecer ajeno a tan trascendental cambio, y debe necesariamente adaptarse a la nueva forma de entender el derecho que nos da el nuevo código, en tanto y en cuanto es la herramienta para hacer efectivos los derechos y prerrogativas contenidos en la ley de fondo.

En este proceso de adecuación, el rol del "juez presente" resulta fundamental, ejerciendo el poder jurisdiccional en el marco de lo que se ha dado en llamar justicia restaurativa o de "acompañamiento". En lo que respecta al régimen de comunicación entre los N.N.A. y el/la progenitor/a no conviviente este rol se refuerza, por la delicadeza e importancia del vínculo paterno filial, habiéndose demostrado que los apercibimientos contenidos en un mandamiento de ejecución de sentencia típica, no condicen con la verdadera finalidad a la que debe llegarse: recuperar el contacto y la adecuada comunicación.

A su vez, las "medidas razonables" a las cuales se refiere el art. 557 del C.C.y C., dotan al magistrado de las herramientas necesarias, según se presente cada caso en concreto, para hacer efectiva esta finalidad. Pero, con carácter previo y obligatorio, necesariamente el juez debe tomar contacto personal y directo con todos los involucrados , para así "conocer" al grupo familiar sobre el que, en definitiva, deberá actuar acompañando y guiando.

"Mientras transitamos desde el Estado de derecho hacia el Estado de justicia, tomemos el sendero de la inmediación y de la oralidad para evitar el sentimiento de ajenidad con el que la sociedad percibe a los jueces. Favorezcamos, entonces, un derecho permeable, flexible a las demandas concretas. Y para ser sensible con las personas a las que brindamos un servicio, nada mejor que empezar por conocer su rostro."[10]

[10] Ballarín, Silvana: "Justicia de Proximidad: razones para la inmediación en el proceso de familia", en Revista de Derecho de Familia N° 51, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, pág. 54.