

XXIX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL

- Rio Hondo, Santiago del Estero, Argentina-

* TITULO: *La coparentalidad como desafio: El rol del juez de familia en el proceso.-*

* TEMA N°3: EL ROL DEL JUEZ EN LA ACTUALIDAD

* AUTORA: Melisa Mendoza

* DIRECCIÓN POSTAL: Villaguay N°792- Paraná- Entre Ríos (CP: 3100)

* TELÉFONO: 0343- 154679882/ 4218451

* CORRIO ELECTRONICO: melisa_mendoz@hotmail.com /
dra.melisamendoza@gmail.com

Sintesis: En la presente ponencia se pretende reflejar los cambios de paradigmas en las relaciones familia en base al Código Civil y Comercial de la Nación; específicamente como el nuevo concepto de responsabilidad parental condiciona, limita y determina el rol del juez en el proceso de familia.-

SUMARIO: I.- Un sinceramiento de la realidad: constitucionalización del derecho privado familiar II.- La coparentalidad como desafío. Modificación de la terminología. Fundamento III.- La Intervención del Juez de Familia. IV.- Conclusiones

I.- Un sinceramiento de la realidad: constitucionalización del derecho privado familiar

La Sociedad cambia, y en consecuencia la familia también. El reconocimiento de esta realidad fue uno de los principales objetivos del Código Civil y Comercial de la Nación. Se ha producido un sinceramiento de la realidad social de nuestro país.-

Este sinceramiento que ha pretendido la Comisión redactora del Código Civil y Comercial se ve reflejada en los fundamentos del mismo: "Código para una sociedad multicultural. En materia de familia se han adoptado decisiones importantes a fin de dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar...De lo que se trata es de regular una serie de opciones de vida propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender"... "El Anteproyecto sigue de cerca la evolución producida y la aparición de nuevos principios, en especial, el de "democratización de la familia", de tanto peso, que algunos autores contemporáneos entienden que se ha pasado del "derecho de familia" al "derecho de las familias" en plural. Esta opinión se sustenta —entre otras razones— en la amplitud de los términos del artículo 14 bis de la Constitución Nacional que se refiere de manera general a la "protección integral de la familia", sin limitar esta noción (de carácter sociológico y en permanente transformación) a la familia matrimonial. Por eso, la familia clásica con base en el matrimonio heterosexual debe compartir el espacio con otros núcleos sociales que también constituyen familias. -¹

Tal como claramente lo expresa la socióloga argentina Jelin Elizabeth: "La familia nunca es una institución aislada, sino que es parte orgánica de

¹ Fundamentos de Anteproyecto de Código Civil y Comercial.-

procesos sociales más amplios, que incluyen las dimensiones productivas y reproductivas de las sociedades, los patrones culturales y los sistemas políticos”². La familia no puede ser ajena a los cambios sociales.-

Justamente, el reconocimiento del pluralismo social y la protección de la familia con rango constitucional, reclamaban una modificación del sistema jurídico que contemple los variados tipos de familia.-

Con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina se han captado esas diferentes realidades sociales y se las integró al derecho. Se incorpora jurisprudencia nacional e internacional, y se trata de dar operatividad a cuestiones relacionadas con derechos Humanos, y a los Tratados de Derechos Humanos acogidos por nuestro ordenamiento, con jerarquía constitucional, a través del Art. 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional.-

En este orden de ideas, expresa CIURO CALDANI que el Código Civil y Comercial utiliza un modelo tridimensional de familia³. Se comprende a todos los tipos de familia que existen (familia matrimonial, conviviente, ensamblada, monoparental, invisible, homoafectiva, entre otras).-

A esta nueva realidad es llamado el juez de familia. En este proceso de “constitucionalización del derecho”, los jueces en general están llamados a “hacer la Constitución”, a poner en los hechos la Constitución Nacional. De esta realidad, no escapa el proceso de familia.-

El Código Civil y Comercial, ha avanzado en el camino de impregnar las relaciones familiares de la teoría de la universalización de los derechos humanos. Justamente, se procura hacer efectivo el principio de protección integral de la familia previsto en nuestra Constitución Nacional (Art. 14 bis, Art. 19 y a través del Art. 75 inc. 22). –

Este sinceramiento de la realidad, refleja que el Código Civil y Comercial logró una regulación tal del modelo de familia, que permite a integrantes de los núcleos familiares definir su propia organización, siempre que dicha

² JELIN, Elizabeth, *“La Familia Argentina: trayectorias Históricas y realidades contemporáneas”*, en Kemelmajer de Carlucci, Aída (dir.) y Herrera, Marisa (coord..), *La familia en el nuevo Derecho*, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2009, P. 135.-

³ CIURO CALDANI, Miguel Angel- “Segundas Jornadas Rosarinas de Derecho de Familia”- 03 y 04 de noviembre 2014, UNR.-

organización respete los principios de responsabilidad, cooperación y solidaridad familiar.-

En este afán, se incorporaron reglas procesales, a los fines de unificar el tratamiento de las cuestiones familiares a nivel nacional. En efecto, el derecho sustancial familiar requiere que se respeten las directivas que se fijan como patrones ineludibles que se deben seguir en el proceso.⁴

Es dable destacar que esta constitucionalización del derecho privado, también hizo operativos principios previstos por la Convención de Derechos del Niño⁵, los cuales condicionan directamente el derecho de familia, el proceso de familia y por ende, el actuar del juez.-

Dicho tratado, ratificado por la Ley N°23.849, es incorporado al texto constitucional con la reforma de 1994, al Art. 75 inc. 22. Por esta vía se pretende la “protección Integral” del niño, niña o adolescente, elevando su categoría a la de “sujeto de derecho”, abordando expresamente el vínculo con ambos progenitores.-

A través de su normativa, reconoce al Niño, la Niña y el Adolescente su dignidad como persona, y en este sentido, considera que sus derechos son inalienables.-

Esta normativa atravesó directamente las relaciones entre progenitores respecto al hijo y del hijo con sus padres.-

En los siguientes párrafos, se pretende avanzar en la implicancia que ha tenido la modificación de Código Civil y Comercial, respecto de dichas relaciones y consecuentemente cómo se ha modificado el rol del juez en su intervención en el conflicto familiar.-

II.- La coparentalidad como desafío :Modificación de la terminología.

Fundamento

Tal como ya se expresó al inicio, la incorporación de los tratados de derechos humanos en el bloque constitucional argentino (Art. 75 inc. 22) ha

⁴ *Tratado de Derecho de Familia Según el Código Civil y Comercial de 2014-Tomo IV – Aida Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras, Directoras – Ed. Rubinzal- Culzoni- 2014*

⁵ CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York (ESTADOS UNIDOS DE AMERICA) el 20 de noviembre de 1989.-

tenido también fuerte impacto en la conceptualización y regulación de las relaciones entre padres e hijos.-

El lenguaje no es neutro. Las modificaciones terminológicas del Código Civil y Comercial implican cambios sustanciales en el derecho de fondo. Estos cambios normativos van acompañados con un lenguaje inclusivo, que rompe con la lógica patriarcal y androcéntrica clásica del derecho privado.-

Se deroga lo regulado por el antiguo Código en cuanto a la atribución de la tenencia y las consecuencias que de dicha atribución se derivaban para el ejercicio de la patria potestad, en caso de padres separados.-

El esquema clásico seguido por el CC derogado generó dos figuras parentales: un progenitor a cargo del cuidado del hijo —“tenencia” material, que implicaba la asignación del ejercicio de la “patria potestad” art. 264 inc. 2°—y un régimen de comunicación, o “visitas”, a favor del otro/a. Aquél que ejerciera la tenencia se consolidaba como cuidador continuo y principal, y el otro/a progenitor/a, de tipo secundario, se veía relegado en su función a ciertos y cortos periodos de tiempo.-⁶

Claramente, este sistema quedó atrás dado que vulneraba infinidad de derechos, no sólo de los progenitores, sino también de los hijos.-

En este sentido, el artículo 18 de la Convención de los Derechos de Niño, garantiza el principio por el cual "ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño"; y el segundo párrafo del art. 7° de la ley 26.061 establece: "el padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos." La finalidad de estas premisas versa en que la comunicación con ambos contribuye y afianza el desarrollo personal, la seguridad y autoestima del hijo.-

La igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, el derecho de todo niño a mantener vínculo con ambos progenitores, la autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes, marcan los ejes de la regulación jurídica de las relaciones paterno-filiales.-⁷

⁶ HERRERA, Marisa; Manual de Derecho de las Familias, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 617.

⁷ LLOVERAS NORA, ORLANDI OLGA Y TAVIP GABRIEL, *Tratado de Derecho de Familia, Según el Código Civil y Comercial de 2014*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, Tomo IV, pag. 10.-

Justamente, desplazar la idea de "potestad" en la formulación del término y mutarla por la de "responsabilidad", apunta a calificar expresamente a este ejercicio de derechos y deberes como una auténtica función en interés y beneficio del hijo (conc. arts. 5°, 9°, 18, Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 4°, 7° y concs. ley 26.061)"⁸ .-

En este contexto, se reemplazó el sistema vertical creado por el codificador, por un sistema que plantea, en términos horizontales, la relación entre todos los miembros de la familia, fundado en principios de libertad, igualdad y solidaridad, afianzando la "democratización de las relaciones de familia", siendo esencialmente la que involucra el lazo entre padres e hijos.-

Así, el Art. 638 del Código Civil y Comercial de la Nación, que establece: *"Responsabilidad parental. Concepto. La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado."*.-

Es importante señalar, que el derecho a la coparentalidad es un componente esencial del interés superior del niño porque le asegura el mantenimiento de una relación estrecha y fluida con ambos padres; tan así es que el preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño reconoce el derecho de todo niño a alcanzar un "pleno y armonioso desarrollo de su personalidad en el marco de un contexto familiar donde participen activamente sus dos progenitores en un ambiente de felicidad, amor y comprensión".-

Como regla general, el Código Civil y Comercial establece que los titulares de la responsabilidad parental son ambos progenitores, para el caso de que el niño tenga ambos polos filiatorios, cuando los padres no hayan sido privados de ella (art. 700 C.C.C.) o no se haya extinguido la responsabilidad parental (Art. 699 C.C.C.).-

Posteriormente, el Código regula y prevé lo que se denomina cuidado personal, el que refiere a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo (Art. 648 C.C.C). -

⁸ Código Civil y Comercial de la Nación comentado"; Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso Marisa Herrera, Directores, 1a ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, p. 480.

En principio, también el cuidado personal puede ser asumido por ambos padres como regla general. Es decir, que el cuidado personal compartido es la regla.-

El Art. 642 C.C.C., prevé que en caso de que surjan discrepancias o desacuerdos entre los progenitores en el ejercicio parental conjunto, cualquiera de los dos puede acudir al juez, quien deberá resolver mediante el procedimiento más breve de la ley local, y lo faculta para en casos de reiterados desacuerdos, atribuir total o parcialmente el ejercicio a uno de los progenitores o distribuir entre ellos las funciones.-

III.- La Intervención del Juez de Familia

Aquí reside la importancia del rol del juez. Siempre y cuando, se respeten estos derechos humanos del niño y de ambos progenitores, el juez debe acompañar en este proceso de autorregulación de las relaciones familiares. Es importante que los progenitores puedan autocomponer el conflicto, en uso de la autonomía de la voluntad familiar.-

Pero ahora bien, en situaciones de conflictos familiares donde se avasallan derechos del niño, o bien uno de los progenitores viola derechos del otro, el juez debe tomar otra posición, interviniendo directamente en el conflicto, velando por dichos derechos.-

Los magistrados se enfrentarán a la tensión entre autoridad y libertad en los vínculos intrafamiliares, pero fundamentalmente siempre deberán velar por los derechos constitucionalmente protegidos, al momento de intervenir y tomar sus decisiones.-

No debemos perder de vista que el conflicto familiar requiere de un proceso diferente al que se otorga a los demás conflictos patrimoniales o no patrimoniales.-

Los principios procesales previstos en el Título VIII del Libro Segundo, actúan como mandatos operativos para los jueces, son indicadores mínimos, que deben atenderse en los procesos.-

Justamente, uno de los principios que condicionan la labor del Juez es la Tutela judicial efectiva. En la medida de sus posibilidades, deberá dar la solución más efectiva e inmediata posible a la situación familiar concreta,

desplegando todas las herramientas que posea en la menor cantidad de actos procesales posibles.-

Se necesitan jueces que actúen en procesos dinámicos.-

El principio de Inmediación es otro principio que juega un rol fundamental en los procesos de familia. El juez debe tener contacto directo con las partes, debe personalmente escuchar al niño, esto implica mayor oralidad en el proceso y un mejor conocimiento de la verdadera realidad de las partes.-

Los Jueces de Familia de oficio pueden intervenir, solicitar pruebas, tomar medidas, fijar audiencias, etc, a los fines de buscar la solución más justa, tratando de obtener el mayor y mejor resultado con reducción del desgaste de las partes y de la actividad jurisdiccional misma.-

El sistema del Código Civil y Comercial, entiende que frente a los supuestos de separación de la pareja —matrimonial o extramatrimonial— resulta preferente al interés del hijo reconocer el ejercicio de la responsabilidad parental en forma conjunta -art. 641 inc. b).-

Los jueces no deben pasar por alto, que la coparentalidad implica que el ejercicio de esta función recaerá sobre ambos padres, y que el fin primordial es satisfacer el Interés superior del Niño, Niña o Adolescente. Toda decisión o intervención que tome, debe ser en beneficio de los hijos y conforme a su interés superior.-

Deberá así, dejar de lado convicciones personales y reflejar en el proceso la noción de que los niños, como sujetos plenos de derechos y participantes activos de la familia y la comunidad, no son propiedad de ninguno de sus progenitores, más allá de las contingencias que pueda atravesar la relación de los progenitores en sí. Sólo en circunstancias sumamente graves y en favor del interés del niño, la responsabilidad parental será ejercida por uno de los padres.-

Tan clara es la terminología de este Código, que el mismo Art. 638, expresa la finalidad de la responsabilidad parental: La protección, desarrollo y formación integral del hijo.-

Justamente, en uso de sus facultades, el juez puede valerse de normas que ha incluido el código Civil y Comercial que buscan cooperar para que las familias lleven a cabo con eficiencia su labor de cuidado y educación de los

niños. En el Articulado se deja de lado la exclusividad en las funciones parentales y se afirma la flexibilización en las relaciones familiares.-⁹

Del mismo Código Civil y Comercial surge un juez de familia con gran protagonismo, con amplias facultades, y dotado de potestades que le confieren una actuación diferenciada respecto de los magistrados de otros fueros.-

De gran importancia es el recurso que se le provee al juez para acudir a la interdisciplina, lo cual ampara su actuación o injerencia no sea arbitraria, impidiéndole avanzar sobre conductas autorreferenciales y exigiendo motivación razonable en sus sentencias.

El juez debe utilizar todas las herramientas legales que pasee para permitir a la familia atravesar la crisis vital que la haya llevado a requerir el servicio de justicia, de la forma menos traumática posible.-¹⁰

Es vital que este juez posibilite el dialogo, que fomente la comunicación entre las partes. El juez de familia deberá revestir una calidez humana, solidez técnica y plasticidad intelectual, una ética particular respecto de los individuos fragilizados, y una condición de liderazgo no exenta de humildad, pues todo ello le permitirá, sumado a la experiencia, advertir y prevenir los conflictos ocultos tras los explícitos que se formulan en los escritos inaugurales de la instancia.-¹¹

Este juez deberá ser más expeditivo, debe avanzar hacia la solución del conflicto, posibilitando el dialogo, aconsejando a las partes, conciliando, informando a las partes sus derechos y deberes, interviniendo en aras a la paz familiar.-

Específicamente en el área que nos compete, deberá igualar los derechos y deberes de los progenitores respecto de los hijos, advertirles las consecuencias sobre sus actos u omisiones, propiciar a la comunicación entre ellos, y brindarles herramientas para que juntos logren acompañar el desarrollo de la personalidad de su hijo y su bienestar.-

⁹ Mizrahi, Mauricio Luis, *Responsabilidad parental*, Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 351

¹⁰ Mizrahi, Mauricio Luis, *Responsabilidad parental*, Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 351

¹¹ "El rol del juez de familia en el Código Civil y Comercial"- MARIELA GONZÁLEZ DE VICEL- 28 de Julio de 2015- www.infojus.gov.ar- Id SAIJ: DACF140863

Conclusiones

El derecho de los Niños, Niñas y Adolescente a la coparentalidad procura el reconocimiento por igual de ambos progenitores en su función paterna, al promover un sistema familiar democrático en el que cada uno de sus miembros ejerce su rol con independencia, igualdad y respeto recíproco¹², donde el fin primordial es el desarrollo personal del hijo/a y la protección de su interés superior.-

En éste marco, el juez de familia deberá ser creativo, para aplicar razonablemente el derecho al caso concreto, teniendo en cuenta las particularidades y buscando en todas las herramientas que tiene a su alcance garantizar los derechos fundamentales vulnerados, tomando personal conocimiento de las partes, garantizando la igualdad de derechos y deberes de los progenitores frente al niño, niña o adolescente, en búsqueda de la paz familiar y afianzar su interés superior.-

¹² GIL DOMINGUEZ, Andrés - FAMÁ María Victoria - HERRERA Marisa, "Ley de Protección Integral de Niños, niñas y adolescentes N° 26061", pag 159.