

# REVISTA LITIGACIÓN Y GESTIÓN JUDICIAL

Año 2 Número ESPECIAL

## “ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIAS, CIVIL Y COMERCIAL”



Centro de Estudios sobre  
Modernización en Litigación  
y Gestión Judicial  
de Conflictos no Penales

**EXTENSIÓN**



Facultad de Ciencias

**JURÍDICAS  
Y SOCIALES**

Universidad Nacional de La Plata

## Anteproyecto de Código Procesal de Familias, Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires

# INDICE

Autoridades del Centro de Estudios sobre Modernización en Litigación y Gestión Judicial de Conflictos no Penales:

Prof. Francisco Agustín Hankovits

Prof. Karina A. Bigliardi

### SUBDIRECTORES:

Prof. Cecilia Valeros

Prof. Pablo A. Grillo Ciocchini

### SECRETARIA / COORDINADORA:

Carolina Gisele Cestac.

**DIRECTOR DE LA REVISTA DE LITIGACIÓN Y GESTIÓN JUDICIAL**  
Néstor Leandro Guzmán.

1. **ENTREVISTA DE LEANDRO N. GUZMÁN** a Mauro Benente, Pablo Grillo Ciocchini y Ana Murganti. Redactores del Anteproyecto de Código Procesal de Familias, Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. *página 3*
2. **OFICINA DE GESTIÓN JUDICIAL.** Gestión y control efectivo de la litigación en el PCPFCC. Matías A. Sucunza (UNLP). *página 11*
3. **LAS CAUSAS SIMPLES O PEQUEÑAS: UNA DEUDA GIGANTE** Pablo Agustín Grillo Ciocchini (UNLP). *página 21*
4. **LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA EN EL PROCESO.** Comentarios al Anteproyecto del Código Procesal de Familias, Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Sebastián Ignacio Fortuna (UBA). *página 33*
5. **AUTORIZACIONES FAMILIARES EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL.** Análisis comparado del Anteproyecto de Código Procesal de Familias, Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. David Hacker (UBA). *página 45*
6. **UN NUEVO PROCEDIMIENTO A SEIS AÑOS DEL DIVORCIO INCAUSADO.** Natalia Kerszberg (UBA). *página 51*
7. **COMPULSIVIDAD DE LA PRUEBA GENÉTICA EN LOS PROCESOS DE FILIACIÓN.** María Victoria Famá (UBA). *página 61*
8. **EL TIEMPO Y LAS GARANTÍAS DE LA INFANCIA.** El control de legalidad de las medidas de “abrigo” y el proceso de adopción en el Anteproyecto de Código Procesal de Familias, Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Ana Murganti (UBA). *página 69*
9. **SALUD MENTAL Y CAPACIDAD.** Actualización de las normas procesales en clave de Derechos Humanos. Daniela Fico (UBA). *página 85*
10. **EL PROCESO DE ALIMENTOS EN EL ANTEPROYECTO.** Reflexiones parciales y preliminares sobre el proceso de alimentos en el Anteproyecto del Código Procesal de Familias, Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Mariana Julieta Fortuna (UBA). *página 93*
11. **RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.** Herramientas para una justicia efectiva en el Anteproyecto del CPFC. Ana Belén Zacur (UBA/UNPAZ). *página 103*
12. **DERECHO PROCESAL DEL CONSUMO.** Competencia y título ejecutivo de consumo. Javier Santamaría (UBA/UNPAZ). *página 117*
13. **EL SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES.** José María Salgado (UBA/UNPAZ) *página 129*
14. **RECURSOS PROCESALES EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO.** Análisis convencional del régimen recursivo en el proyecto de nuevo Código Procesal de Familias, Civil y Comercial de la PBA. Francisco Agustín Hankovits (UNLP/UNA). *página 139*

# Las novedades del anteproyecto de Código Procesal de Familias, Civil y Comercial

Entrevista de Leandro Guzmán a Mauro Benente,<sup>1</sup> Pablo Grillo Ciocchini<sup>2</sup> y Ana Murganti.<sup>3</sup> Redactores del Anteproyecto de Código Procesal de Familias, Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires.

## 1) Leandro Guzmán: ¿Es un código nuevo o una reforma al código vigente?

Mauro Benente: Es un Anteproyecto de nuevo Código. El vigente, más allá de algunas reformas, lleva la firma del gobernador de facto Francisco Imaz, que mediante el Decreto 7425/68 prácticamente copió el código que Onganía había establecido para el ámbito nacional un año antes. A nivel comparativo, la provincia de Buenos Aires tiene uno de los tres códigos procesales más antiguos, y es una de las cinco provincias donde rigen códigos sancionados en dictaduras.

Pero más allá de lo anterior, para nosotros la discusión nunca fue si debíamos proyectar un nuevo código o una reforma al texto vigente. Pensamos en una política pública de resolución de conflictos en el ámbito judicial basada en una serie de principios y de matrices rectoras. ¿Cuáles son esos principios? La igualdad, el enfoque de géneros y la perspectiva de derechos humanos. ¿Cuáles son las matrices rectoras? Entre otras: Lenguaje claro y sencillo; protección a las personas en situación de vulnerabilidad, escucha a niñas, niños, adolescentes, personas con capacidad restringida e incapaces; oralidad, intermediación entre juezas, jueces y partes, y celeridad en los trámites; expediente digital; régimen de notificaciones sencillas; incentivos para la autocomposición de los conflictos, y para mantener la buena fe de las partes, abogadas y abogados; oficiosidad de juezas y jueces, pero aviso y diálogo entre las partes;

---

<sup>1</sup> Mauro Benente es Doctor en Derecho (UBA), Profesor Titular de Filosofía del Derecho (UNPAZ) y Profesor Adjunto Regular (UBA). Fue becario doctoral y posdoctoral del CONICET, becario del Instituto Interdisciplinario de Sociología Jurídica (España) y actualmente es el Subsecretario de Planificación Estratégica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires y Vicepresidente del Consejo de la Magistratura de la Provincia.

<sup>2</sup> Pablo Agustín Grillo Ciocchini es abogado (UNLP), Especialista en Derecho Procesal Profundizado (UNA), Profesor Adjunto de Derecho Procesal II en la UNLP.

<sup>3</sup> Ana Murganti. Abogada (UNLP), Especialista Derecho de Familia (UBA), Máster en Argumentación Jurídica (Universidad de Alicante), Docente de Familia y Sucesiones, UBA.

separación entre funciones administrativas y jurisdiccionales mediante la creación de oficinas de gestión judicial; evaluación y actualización permanentemente de los trámites judiciales.

Para desarrollar una política pública con estos principios y con estas matrices rectoras, el código vigente nos brindaba un elenco de reglas inapropiado y por eso proyectamos un Anteproyecto de código nuevo.

## **2) LG: ¿Cuales son sus ejes más importantes?**

Pablo Grillo Ciocchini: Como dijo Mauro, la idea fue establecer un sistema de resolución de conflictos que tenga en cuenta a las personas a las que está destinado, sus necesidades, situaciones de vulnerabilidad y la necesidad de que las reglas sean comprensibles. Ese es el eje principal. A partir de ahí, las demás líneas de trabajo - oralidad, conciliación, inmediatez, impulso oficioso, deber de comportamiento adecuado de las partes- aparecen como derivaciones de esos grandes ejes.

Del mismo modo, la incorporación de la tecnología y la adaptación a las normas del Código Civil y Comercial eran insoslayables.

Ana Murganti: Además, se puede señalar la eliminación del proceso sumario (quedando sólo el ordinario y sumarísimo) y la regulación de nuevos procesos: procesos simplificados, de estructura monitoria, procesos colectivos, jurados (para casos muy puntuales), un nuevo diseño en el trámite de la acción declarativa de inconstitucionalidad, algunas modificaciones en los procesos de familias y la regulación de procesos especiales para el fuero de familia: control de legalidad de las medidas excepcionales de protección de niñas, niños y adolescentes, de adopción, de alimentos, de control de internación, de determinación de la capacidad, de divorcio y de restitución internacional.

## **3) LG: ¿En qué considera que se diferencia, fundamentalmente, de otros proyectos de reforma?**

MB: Me interesa destacar el proceso más que el producto, que pensamos en tres momentos. En un primer momento, un proceso interno dentro del Poder Ejecutivo, sin fotos ni marketing, estudiando en profundidad cada uno de los temas y teniendo como resultado un Anteproyecto. Un segundo momento, que es el que estamos transitando, de discusión y participación pública para recibir aportes, comentarios, sugerencias y críticas. Tanto a través de la plataforma virtual cuanto de foros de discusión. En estos días vamos a iniciar una labor de tres o cuatro foros semanales para revisar críticamente cada uno de las partes y capítulos del Anteproyecto. Finalmente, un tercer momento de reformulación y de correcciones, para luego enviar el proyecto a la legislatura.

El gobernador nos pidió que observemos no la superficie de los problemas sino que revisemos sus estructuras. Y las soluciones estructurales se tienen que construir de

modo participativo, no solo porque pensamos que recibiendo aportes y críticas vamos a mejorar el Anteproyecto, sino porque es fundamental que los debates sobre el funcionamiento del Poder Judicial dejen de ser patrimonio de las y los operadores del sistema.

**4) LG: ¿Será necesario reformular las estructuras que soportan el servicio de justicia en la provincia? Me refiero a si su implementación requiere mayor infraestructura o nuevos espacios físicos.**

PGC: Creemos que las previsiones del Anteproyecto no implican mayores gastos en estructura edilicia, espacios físicos, personal, ni en tecnología. Esto no significa negar que el Poder Judicial, como tantas otras áreas del estado provincial, necesite de más inversión en temas de infraestructura edilicia e informática, pero el Anteproyecto no supone un incremento de esa inversión.

De las estadísticas actualmente disponibles, que publica en su sitio web la Suprema Corte de Justicia, resulta que la cantidad de juezas y jueces actualmente en funciones puede manejar el volumen de causas existente.

En forma adicional creemos que la implementación de oficinas de gestión judicial, que liberen a las juezas y jueces de las tareas administrativas y de organización, y den un uso más adecuado a los recursos existentes, va a permitir que mejore el funcionamiento sin la necesidad de aumentar la asignación de recursos. Y, en todo caso, cuando se requiera mayor cantidad de juezas o jueces podrán insertarse dentro de las oficinas existentes de un modo mucho más eficiente que el actual sistema de creación e implementación de juzgados. Creo que esto es especialmente relevante en cuanto a los juzgados de familias. Paralelamente, se ha reducido la cantidad de audiencias respecto del Código vigente y se ha restringido la presencia obligatoria de juezas y jueces a las audiencias en que ello es verdaderamente imprescindible. Como complemento, se ha incorporado la posibilidad de celebrar encuentros a los que no necesariamente deben asistir.

**5) LG: ¿Se ha previsto un sistema de seguimiento de cómo impactarán las nuevas formas procesales para poder luego hacer ajustes?**

MB: Sí. Como toda política pública tiene un momento de diseño, otro de implementación y finalmente otro de evaluación. Diseñamos una Comisión de elaboración de normas prácticas, que tiene una triple función. Por un lado reglar cuestiones puntuales o muy volátiles de los trámites judiciales, que si quedan plasmadas en el Código su destino es quedar rápidamente en desuso. Por otro lado, la Comisión es la encargada de diseñar los planes piloto de funcionamiento de las oficinas de gestión judicial que Pablo mencionó recién. Finalmente, la comisión debe elaborar informes sobre los resultados de la puesta en funcionamiento del Código, y recomendar modificaciones o ajustes.

La idea es que esta Comisión, integrada por representantes de la Suprema Corte, el Poder Ejecutivo y el Colegio de Abogados (y Abogadas) de la Provincia de Buenos Aires, trabaje de modo articulado con un Consejo Consultivo y con una Comisión Bicameral Permanente de seguimiento.

El objetivo no es otro que las reformas y ajustes procesales sean periódicos.

**6) LG: ¿De qué modo se adecuó el texto al Código Civil y Comercial? Especialmente en materia de capacidad de ejercicio de las personas y de familia.**

AM: Actualmente la aplicación del derecho de las familias exige una labor constante de integración de normas de distintas fuentes que conspira contra el principio de igualdad y la uniformidad de las decisiones. El Anteproyecto, adoptando como punto de partida las transformaciones incorporadas por el Código Civil y Comercial, procuró regular cada instituto teniendo en cuenta esa integración normativa.

En primer lugar, podemos mencionar, el reconocimiento de las diversas formas familiares incorporadas por el Código Civil y Comercial: uniones matrimoniales y convivenciales (de distinto o igual sexo), familias monoparentales, familias ensambladas, e incluso, en algunos aspectos muy puntuales se reconocieron vínculos derivados de la socioafectividad.

En materia de capacidad las novedades más relevante se relacionan con el reconocimiento del derecho a la participación de las niñas, niños y adolescentes, de las personas con capacidad restringida e incapaces: el derecho a ser escuchados de manera directa por la jueza o juez en todas las instancias, a ser informados sobre su derecho a participar con abogada o abogado, a que el contenido y la forma de notificaciones sean adecuadas a su edad, situación de salud mental y otras consideraciones especiales, y a que las juezas y jueces informen en las sentencias el modo en que sido valorada esa opinión, o las razones por las que no se los escuchó.

Respecto del derecho de familias, existen dos novedades. La generalización de la matriz tuitiva propia de los procesos de familia a todos los procesos, y la regulación de especificidades de los procesos de familias junto con la incorporación de distintos procesos especiales.

Por una parte, entonces, normas que antes eran más propias del derecho de las familias ahora se proponen como estructurantes de todos los procesos. Entre ellas podemos mencionar, la oficiosidad de la jueza o juez; la reserva de las actuaciones cuando afecta la intimidad de niñas, niños adolescentes, personas con capacidad restringida o incapaces; el aviso previo, como regla, para la adopción de medidas cautelares; la posibilidad de incorporar hechos nuevos a lo largo del proceso ( incluso en las instancias superiores); la posibilidad de modificar la carga de la prueba a lo largo del proceso (previo aviso a las partes); la incorporación de la prueba trasladada; la supresión de los testigos excluidos; la incorporación de medidas razonables no pecuniarias a las sanciones económicas establecidas para asegurar cumplimiento las resoluciones, entre otras.

Por otra parte, se establecieron reglas especiales para el fuero. Entre ellas podemos mencionar: la regulación de los deberes de los integrantes del equipo técnico interdisciplinario, la excepción a la regla de la videograbación de las audiencias cuando las partes lo soliciten, la gratuidad de los trámites que no tienen contenido exclusivamente patrimonial, la eliminación del requisito de la contracautela y el establecimiento de un plazo judicial de caducidad para determinadas medidas cautelares en los procesos de capacidad y familias; la amplificación de las facultades judiciales para los casos que involucren niñas, niños o adolescentes o personas con capacidad restringida e incapaces; la regulación de la prueba de informes respecto de hechos que no consten en la documentación, libros, archivos o registros; el establecimiento de un mecanismo de contralor para los informes elaborados por el equipo técnico interdisciplinario, la compulsividad de la prueba genética en los procesos de filiación y, en materia de recursos, la forma amplia de los recursos, como regla, en los procesos de familias.

Por último, se regularon de modo particular los procesos especiales mencionados anteriormente.

#### **7) LG: ¿Qué modificaciones se hicieron en el régimen de los recursos?**

PGC: Muchos aspectos del régimen recursivo, según lo regula el Código actualmente vigente, son obsoletos. Desde la terminología (“devolutivo” o “en ambos efectos”) hasta el innecesario desdoblamiento entre la interposición y la fundamentación del recurso de apelación, el sistema recursivo muestra varias complicaciones innecesarias.

El Anteproyecto busca aportar más claridad en la terminología y simplicidad en el trámite. El efecto no suspensivo se llama “no suspensivo”, y el suspensivo, “suspensivo”. La apelación libre, que es amplia, se llama “amplia”, y la que se concede en relación, restringida, se llama “restringida”.

También, en línea con el objetivo de concentrar trámites en un mismo acto procesal y uniformar prácticas, se unifica el modo de interposición: todos los recursos se plantean, fundados, ante el juzgado o tribunal que dictó la resolución.

Además de simplificar el trámite y la terminología, el Anteproyecto incorpora otras novedades en materia de recursos: la posibilidad de la cámara de modificar el efecto (suspensivo o no suspensivo), la previsión expresa -aunque facultativa- de las entrevistas con niñas, niños o adolescentes en las instancias recursivas, la carga de fundar oralmente la apelación y la posibilidad de replantear prueba cada vez que, ante el tribunal de segunda o última instancia, venza un plazo igual al fijado para dictar sentencia.

Respecto de los recursos extraordinarios, se incorporó expresamente la posibilidad de rechazarlos sin fundamentación (hoy incorporada como art. 31 bis de la Ley 5827), pero como novedad se agregó que esa facultad solo puede ser ejercida dentro de cierto plazo. Por su lado, también se incorporó al Anteproyecto la facultad de admitirlos cuando, aun

si falta algún requisito, la Suprema Corte lo considere necesario (art. 31 bis de la Ley 5827).

Además, en cuanto al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, se incrementó el monto mínimo para recurrir (a 525) jus y se excluyeron las sentencias dictadas en procesos simplificados. Por otra parte, se exceptuó del requisito de monto mínimo a los recursos interpuestos por personas en situación de vulnerabilidad y aquellos casos en los que se reclamen derechos (i) de las trabajadoras y trabajadores, empleadas y empleados públicos, en supuestos de discriminación, (ii) vinculados al ambiente sano y equilibrado, y (iii) de personas consumidoras y usuarias de servicios públicos.

#### **8) LG: ¿Se incorpora la mediación prejudicial obligatoria al régimen del CPCC?**

PGC: El régimen de la mediación prejudicial obligatoria se mantuvo separado del Anteproyecto. Pero no por ello el Anteproyecto omitió sus premisas sino que, al contrario, incluye varios dispositivos tendientes tanto a reconocer la importancia de la mediación prejudicial cuanto a lograr la autocomposición de los conflictos una vez iniciado el proceso judicial.

Así, la mediación se incorporó en forma orgánica a todo el sistema. Por eso, en las reglas sobre competencia, domicilio, demanda, contestación, proceso ejecutivo de consumo y ejecución de sentencias se la menciona expresamente y se la incorpora.

Además, se establece explícitamente la posibilidad de producir prueba anticipada durante la etapa de mediación y la carga de intercambiar información y prueba antes de la demanda, también durante la mediación.

Finalmente, del mismo modo que el Anteproyecto presta especial atención a los deberes de juezas, jueces, abogadas, abogados y parte, también se agregan como artículos 24 bis y 24 ter de la Ley 13.951, previsiones sobre los deberes de las mediadoras y mediadores y de las personas que participan en la mediación. Nos pareció que la importancia de la etapa de mediación imponía reflejar allí pautas de comportamiento adecuado análogas a las que se adoptaron en el Anteproyecto para el proceso judicial.

#### **9) LG: ¿De qué modo se incorporó la perspectiva de géneros?**

AM: En línea con los principios centrales de igualdad, perspectiva de géneros y de derechos humanos, el Anteproyecto establece el deber de las juezas y jueces, directoras y directores de la oficina judicial, consejeras y consejeros, integrantes del equipo técnico interdisciplinario, jurados, partes, apoderadas y apoderados de ejercer sus funciones con perspectiva de géneros y de evitar intervenciones que impliquen revictimización.

Además, teniendo en cuenta la desigual situación de las mujeres en la distribución de las funciones de cuidado, el anteproyecto contiene un régimen de ampliación de plazos para abogadas que acrediten tener personas a cargo.

Por último, teniendo en cuenta que son las mujeres quienes principalmente reclaman alimentos a favor de sus hijas e hijos menores de edad o de personas con capacidad



restringida o incapaces a cargo, el Anteproyecto prevé que los alimentos que se reclaman a favor de niñas, niños y adolescentes, personas con capacidad restringida e incapaces, no se encuentran sometidos al requisito de la contracautela ni al plazo de caducidad 'automático'. En estos casos se prevé que una vez vencido el plazo de caducidad establecido, la persona afectada por la medida pueda solicitar que se intime a la reclamante a iniciar la demanda, bajo apercibimiento de caducidad de la medida cautelar.

**10) LG: ¿Se incorporan normas específicas sobre violencia de género y familiar?**

AM: El anteproyecto se limitó a regular la cuestión vinculada con las reglas de competencia territorial en los procesos de violencia familiar, en los que se incorporó al domicilio de la víctima el lugar donde se encuentre, sin establecer un régimen especial sobre esta clase de procesos, por considerar que un diseño adecuado para el tratamiento de la complejidad y urgencia de la temática exige un abordaje más amplio del que puede aportar la regulación procesal civil y familiar.

La regulación de este asunto puntual no desconoce la necesidad de regular todos los trámites vinculados a las violencias de géneros y la violencia familiar, pero sobre este tema se encuentra trabajando una comisión interministerial coordinada por el Ministerio de las mujeres, políticas de género y diversidad sexual. Estamos en contacto permanente con el Ministerio, y si bien los contenidos de esta regulación pueden incorporarse en los debates sobre el Anteproyecto de Código, por ahora están enmarcados en la política integral que está planificando la comisión.

**11) LG: ¿Se proyectaron procesos rápidos o abreviados para reclamos pequeños o sencillos?**

PGC: El Anteproyecto pretende que, a partir de un proceso estructurado por audiencias, el impulso oficioso de juezas y jueces y el comportamiento adecuado de las partes y sus abogadas y abogados, todos los trámites sean razonablemente rápidos.

Para los reclamos de pequeña cuantía, o aquellos que son sencillos por la simplicidad fáctica o la poca complejidad jurídica, se ha previsto un proceso simplificado, en el que la demanda y su contestación se planteen en forma oral en la misma audiencia en la que debe producirse la prueba y expresarse la decisión.

En estos casos, además, la cámara de apelaciones puede rechazar el recurso si considera que la sentencia se ajusta a un precedente aplicable (salvo en los procesos para conocer los orígenes de personas nacidas mediante técnicas de reproducción asistida).

Por otro lado, como dijimos más arriba, en estos casos se encuentra excluido el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

**12) LG: Si nos reuniéramos de nuevo en 20 años ¿qué cambios le gustaría que se hubieran producido?**

MB: Hoy escribimos un Anteproyecto de Código Procesal que, con todos los límites de una regulación procesal, intenta no ocultar sino hacerse cargo de las desigualdades existentes. Me gustaría que en 20 años existieran menos desigualdades, y que la ficción de la igualdad de las partes sea menos irreal.

Hoy nos toca diseñar un código procesal de familias, civil y comercial, pero ello no debe hacernos olvidar que las situaciones más dramáticas y urgentes pasan por otro lado. ¿Como existen estos dramas y estas urgencias deberíamos desatender las cuestiones procesales? No. Se pueden y deben hacer las dos cosas al mismo tiempo. Entonces: ojalá que si el Anteproyecto se transforma en ley, en 20 años quede desactualizado por mencionar a desigualdades que ya no existen.

# OFICINA DE GESTIÓN JUDICIAL

## *Gestión y control efectivo de la litigación en el PCPFCC*

Matías A. Sucunza (UNLP)

### **Planteo**

El presente trabajo tiene por objetivo visibilizar la transformación de la estructura judicial y su modelo de gestión como presupuesto inexcusable de la reforma a la justicia en curso.

Para ello, describiré y problematizaré sobre la novedad que en el punto trae el Anteproyecto de Código Procesal de Familias, Civil y Comercial –en adelante, “PCPFCC”– : la Oficina de Gestión Judicial. El cometido no es realizar un análisis exhaustivo, sino enfatizar su importancia en sí y como medio instrumental para la realización de los cambios paradigmáticos que forman parte del modelo regulatorio de la conflictividad (individual y colectiva) propuesto por el PCPFCC.

### **¿A qué nos referimos cuando hablamos de gestión judicial?**

La gestión judicial debe ser concebida como un área –de conocimiento– especializada y multidisciplinaria cuyo objeto es organizar y administrar eficazmente los recursos administrativos y jurisdiccionales para el logro de los objetivos de la organización judicial en general y del proceso en particular.<sup>1</sup>

Hay cuatro elementos que son centrales en dicha definición:<sup>2</sup>

a) *La especialización en el conocimiento.* Para gestionar hay que conocer y saber hacerlo.

---

<sup>1</sup> Para un desarrollo más profundo del tema, ver Sucunza, M. (2019), *Oralidad y gestión judicial: la Oficina Judicial como herramienta imprescindible para la reforma a la justicia no penal*; R.O. Berizonce - L. J. Giannini en *Oralidad en el proceso civil. Nuevas perspectivas*, La Plata: Librería Editora Platense.

<sup>2</sup> González Postigo, L. - Fandiño, M. - Sucunza, M. (2020). *Proceso Civil. Un modelo adversarial y colaborativo*, CABA: Editores del Sur, (p. 78-80).

b) *La complejidad de la gestión judicial.* La gestión judicial integra las dimensiones procesal y operativa. Es decir, que comprende la construcción de la legalidad al caso (cómo la autoridad judicial dialoga con las partes para determinar el modo de procesamiento más eficaz), su gestión (qué decisiones se adoptan para organizar el contradictorio o la presentación y control de la información o prueba de forma más sencilla) o la del conjunto de casos (cómo trabajar en la adopción de medidas procesales u operativas para el conjunto de casos), pero también –y fundamentalmente– el control y gestión de esas decisiones, el avance del caso y conjunto de casos que administra un tribunal. Ambas dimensiones son interdependientes y de igual jerarquía.

c) *Asunción del aparato judicial como organización administrable.* Esto es, un aparato judicial que tiene objetivos, gestiona, rinde cuentas y ajusta procesos de trabajo.

d) *La transformación y clarificación de objetivos organizacionales.* Para el sistema de justicia es tan o más importante la generación de información de calidad (para el caso o conjunto de casos) y el mantenimiento del tiempo y costos del proceso bajo control, que la justicia misma de la decisión. La posibilidad de componer un conflicto u obtener una sentencia correcta y oportuna, depende de la calidad de información que tengamos y de cuán adecuadamente hayamos gestionado la litigación de ese conflicto. El modelo de gestión debe estar organizado y trabajar para ello.

### **¿Cuál es el modelo de gestión actual?**

¿Cómo dialogan la autoridad judicial y las partes para construir, desde el caso, el mejor procesamiento para el conflicto? ¿Quién gestiona el cumplimiento de cualquier decisión que se toma? ¿Cómo se realizan esas actividades materiales? ¿Existe información adecuada para conocer el universo de casos? ¿Cómo se mide, rinde cuentas y responsabiliza el desempeño judicial? ¿Cuáles son los objetivos del proceso y cómo se trabaja para lograrlos? ¿Cuánto y qué *produce* un tribunal? ¿Es eficiente en términos de respuesta jurisdiccional y económica crear *juzgados*? ¿Cómo distribuyo el tiempo y recursos escasos del tribunal para el conjunto de los casos? ¿Qué medidas se adoptan para obtener economías de escala o estandarizar metodologías de trabajo?

El tipo de gestión judicial no es más que la expresión técnica de la concepción de poder que hemos construido –y sostenemos–. En pleno siglo XXI, tenemos una organización de poder, una estructura judicial y un modelo de gestión que han sido concebidos bajo la impronta española del siglo XVIII, producto del proceso colonizador y así se han mantenido casi sin alteraciones hasta la actualidad.

Juzgados unipersonales, ordenados en forma vertical y jerárquica, donde la autoridad judicial se encuentra siempre en la cúspide y tiene como responsabilidad el ejercicio de la *totalidad* de las funciones jurisdiccionales y administrativas. Este modelo no puede existir sin delegación (lo que socava la intermediación), pero al mismo tiempo atribuye al juez la última palabra en cada una de las decisiones que se adoptan.

Las nociones de jueza (persona) y juzgado (órgano o servicio) se identifican y confunden. Tanto así que material y simbólicamente referimos a la idea de “despacho judicial” y no de organización y gestión judicial. De ese modo, invisibilizamos totalmente la gestión que debiera motorizar el avance del caso y el personal de apoyo que lo realiza.

Ese modelo es único y rígido en los papeles (los parámetros vienen impuestos orgánicamente y son comunes a todos los juzgados, independientemente de su realidad y funcionamiento), pero *discrecional* en los hechos. Tanto en la administración de los recursos humanos o materiales como en los más elementales criterios procesales, cada juez o jueza decide como le parece. Es decir, que el justiciable tiene que conocer el modo de gestionar la organización y el proceso que tiene cada juez/a, lo que tiene incidencia directa en los tiempos de resolución de los casos, las cargas de trabajo, seguridad e igualdad jurídica. Tenemos sistemas operativos de registro de la información de los cuales no podemos extraer información para mejorar la gestión particular o global, porque ni siquiera la carga de datos es uniforme.

Al igual que lo administrativo-jurisdiccional, lo personal también se confunde con lo funcional: los recursos humanos y materiales, las causas y todo lo que compone el tribunal son *propiedad* del juez/a. Éste no es pensado ni se ve a sí mismo como un recurso del sistema. Nadie le dice qué ni cómo hacerlo. Menos aún, se le fija ni organiza una agenda de trabajo.

Al mismo tiempo, no existe un modelo de gestión profesional. En general, los órganos judiciales carecen de objetivos, metas y plan de acciones para abordar su trabajo administrativo o jurisdiccional. Como no se suele planificar, medir ni controlar, se carece de información. En parte ello es lógico, ya que la jueza y el secretario son profesionales del derecho y no en materia de gestión.

Gestionar un tribunal no tiene nada que ver con resolver un conflicto conforme a derecho. En consecuencia, la administración del tribunal termina desarrollándose por personas no especializadas, bajo criterios personales y más bien intuitivos. Inclusive, el tipo de estructura piramidal impone al juez/a –por su condición de tal– un liderazgo que no necesariamente se condice con las funciones que tiene por mandato constitucional y para el cual quizás tampoco está preparado.

Los métodos de trabajo suelen ser poco creativos, disciplinados y extremadamente formales. Esta concepción de la justicia como un conjunto de actuaciones donde lo importante es el respeto a las reglas del trámite, esconde un problema peor: anular el conflicto y despersonalizar la función judicial. Es decir, alejar a funcionario/as de los conflictos que deben solucionar, ya que el objetivo de la justicia sería administrar un expediente –ahora digital– y no gestionar ni resolver conflictos generando información de calidad y controlando el avance adecuado del ritmo de la litigación.

No se evalúa la carga ni procesos de trabajo, por cuanto no existen estándares, indicadores ni información que permitan saber qué, cuánto y cómo se está gestionando

tanto en términos administrativos como jurisdiccionales. ¿Qué pasa con y para qué sirven los informes de la Subsecretaría de Control de Gestión de la SCBA? Los niveles de productividad jurisdiccional son variables y es raro constatar la instrumentación de mecanismos de medición de eficiencia. La asignación de personal (o recursos materiales) tiene más que ver con la tipología del órgano, la instancia o vínculos personales dentro de la estructura que con las necesidades del servicio, el cumplimiento de metas o la eficacia de la función.

Pero el problema no termina allí, sino que empieza: la idea de dirección del proceso que hemos sostenido ha estado ligada a la dimensión estrictamente legal, bajo una concepción autoritativa y rígida. Esto ha invisibilizado al conflicto como elemento organizador e imposibilitado que las partes dialoguen entre sí o con el juez para construir mejores procesamientos, que se debilite el contradictorio como mecanismo racional para obtener mejor información y que la gestión judicial haya sido vista como una cuestión extrajurídica irrelevante. Luego, entendemos por qué –más allá del principio de oficiosidad en la letra de la ley– las causas sólo avanzan cuando se realizan presentaciones: hasta que ello no ocurre, nadie gestiona el caso, su flujo y, menos aún, el conjunto de casos. El escenario en el que opera la justicia es el caso individual como totalidad excluyente, lo cual supone una decisión injusta y desproporcionada –ya que no distribuye equitativamente los recursos al conjunto de casos, ni prioriza en razón de su valor o complejidad–.

### **¿Por qué es imprescindible su transformación?**

El modelo de gestión judicial debe transformarse porque:

a) Es incompatible con las exigencias constitucionales y convencionales existentes, tanto en términos de derechos como de transparencia o rendición de cuentas. ¿Cómo puede lograrse que las causas se resuelvan en *plazo razonable* si no existe control sobre el ritmo de la litigación o la gestión, en vez de ser activa y flexible desde el conflicto, es formal y burocrática desde el expediente o rito impuesto abstractamente? ¿Cómo puede lograrse si no existe control sobre esos plazos y, en todo caso, cuando existe información no se responsabiliza a nadie porque los mecanismos para rendir cuentas no funcionan?

La organización judicial, el proceso y gestión son instituciones instrumentales e interdependientes. Es decir, que su existencia, operatividad y la realización de sus cometidos está directamente relacionada con la de las restantes, de forma tal que la impronta y promoción de cada una de ellas impactará positiva o negativamente en la otra y viceversa.

b) El modelo regulatorio propuesto trae consigo una serie de cambios paradigmáticos para los cuales es presupuesto ineludible contar con una organización y gestión judicial diferente. Entre ellos, la consagración de un proceso oral por audiencias –sistema que

requiere un nivel de planificación, gestión, toma de decisiones e información distinto y superior al escriturario—; la acentuación de lógicas colaborativas; o, la institucionalización de precedentes. Ya no se trata de una exigencia constitucional sino operativa: para satisfacer las demandas del nuevo modelo no podemos seguir trabajando igual.

Esto supone transformar ideas, reglas, organización, metodologías de trabajo y prácticas. Debemos: (i) revisar concepciones en las que hemos sido educados legalmente, porque han cambiado drásticamente (por ejemplo, los objetivos del proceso; las limitaciones de la idea de dirección del proceso que hemos sostenido; o, entender que en el formato de una notificación automatizada no se juega la independencia judicial); (ii) asumir que ello se traduce en cambios de reglas que suponen herramientas distintas; (iii) (re)estructurar la organización judicial, porque la satisfacción de los derechos que esas reglas imponen depende del tipo y características de la gestión que tengamos. Para ello debemos tener estructuras y metodologías de trabajo que sean *compatibles* con los objetivos institucionales y procesales; y, (iv) reconocer que las prácticas formales e informales que nos definen y retroalimentan personal e institucionalmente, están directamente vinculadas con el modelo procesal y organizacional que adoptemos y su racionalidad en abstracto (adecuación entre reglas, medios y fines) y en concreto (cómo lo actuamos).

Como señalan PICHÉ y NOREAU, la proporcionalidad se instituye como la regla de oro del sistema y opera desde dos perspectivas:

a) Una micro, la cual sostiene que el costo y tiempo ocupado en un caso individual debe ser proporcional al valor de lo demandado o a la complejidad del caso. Esta visión, se centra en el caso que el tribunal está conociendo. El proceso será proporcional cuando en el balance realizado, el costo de decidir el caso mediante la aplicación del derecho en los términos previstos sea menor que el beneficio que se derive para las partes.

b) Otra macro, la cual nos hace pensar que la autoridad judicial debe velar también por una asignación adecuada del conjunto de los recursos del sistema de justicia y que, por lo tanto, si asigna demasiados recursos (como número de audiencias asignadas) a un caso, se los está privando a otro. En ese sentido, la autoridad judicial debe intentar lograr un equilibrio en la asignación de recursos a los casos, a fin de maximizar el acceso a la justicia.<sup>3</sup>

La proporcionalidad es importante porque nos exige distinguir y priorizar entre el valor y la complejidad del caso y su relevancia (social o particular) para asignar eficazmente los limitados recursos del sistema al: (i) caso individual. Propiciando un adecuado procesamiento en función de las características del conflicto. Aquí deberíamos incorporar una noción de legalidad como proceso flexible, asumir el debido proceso

---

<sup>3</sup> Piché, C. - Noreau, P. (2019). Reformas a la Justicia Civil en Quebec y Canadá. En M. Fandiño (Director), *Estudios comparados sobre Reformas al Sistema de Justicia Civil. Australia y Canadá*, Volumen II. Santiago (Chile): CEJA.

como estándar y al *case management*, los acuerdos procesales y el reforzamiento del contradictorio como metodologías de trabajo; y, (ii) al conjunto de casos, priorizando aquellos conflictos que consideramos más relevantes social, pública o privadamente.

En definitiva, la consolidación del proceso de constitucionalización, la introducción de la oralidad y otros cambios paradigmáticos ya operados a nivel normativo o valorativo y que (en parte) se instrumentan en el PCPFCC, no sólo tornan insostenible el modelo organizacional y de gestión actual, sino que exigen como condición esencial para su realización uno radicalmente diferente.

### **Oficina de Gestión Judicial en el PCPFCC**

La Oficina de Gestión Judicial (en adelante, “OGJ”) es definida en el PCPFCC como una organización que sirve de soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional. Cada OGJ asistirá al conjunto de juezas o jueces del mismo o distinto fuero cuyo número establezcan las normas prácticas. Tiene como cometido central el ejercicio de todas las funciones administrativas de trámite del proceso y la proyección de resoluciones para estudio y firma de juezas/ces. Dichas funciones son desagregadas en el capítulo 6 y a lo largo del PCPFCC (art. 52).

La OGJ estará a cargo de un director/a general y conformada, como mínimo, por una mesa de entradas y gestión rápida; despachos especializados; área técnica de familia; administración de recursos; y, gestión de audiencias. Las normas prácticas podrán crear nuevas áreas de trabajo, así como ampliar o modificar sus funciones (art. 53).

El o la director/a general es responsable de la planificación estratégica, organización, dirección y control de los procesos de trabajo y recursos de la OGJ. Entre sus competencias se encuentran implementar las acciones necesarias para dar cumplimiento a las funciones de la OGJ; elaborar las pautas de organización interna y protocolos de trabajo para la oficina y *supervisar* su cumplimiento; y, gerenciar los equipos y procesos de trabajo. Recuperamos estas funciones porque dan cuenta de las acciones que debiesen estructurar el cambio de paradigma del *despacho judicial* a la OGJ: planificar, gestionar activamente, monitorear y ajustar.

En la misma línea, también destacamos la responsabilidad de definir los criterios para agendar audiencias; generar y exhibir información relevante; elevar trimestralmente a la SCBA un informe de gestión o comunicarle, de oficio o a requerimiento de parte, el vencimiento de los plazos para dictar sentencia.

Respecto de cada una de las áreas que integran la OGJ, el PCPFCC define sus funciones entre los arts. 56 a 63 de forma enunciativa. Es decir, detalla un número de competencias para cada una de ellas, sin perjuicio de otras que establezcan las normas prácticas.



En consonancia con la matriz desde la cual se estructura el PCPFCC, la OGJ deberá ejercer sus funciones desde un enfoque de derechos y con perspectiva de géneros, adoptando medidas positivas en relación con personas en situación de vulnerabilidad (art. 55 inc. 6 y conchs.).

La (¿o las?) OGJ será supervisada y controlada por la Suprema Corte de Justicia (art. 54), lo cual es relevante para el cambio organizacional propuesto y el logro de los objetivos establecidos. Ello así, porque debería permitir centralizar información y acciones a escala; uniformar criterios de trabajo; o evitar que prácticas del viejo modelo de gestión terminen diluyendo la reforma propuesta.

En relación a cómo está pensando el PCPFCC la función del juez/a, de la lectura de los deberes instituidos en los arts. 43 a 48 parecería existir un desarrollo más afín con la idea de gestión judicial del caso o conjunto de casos a la cual hemos aludido.

Habiendo sostenido el carácter de presupuesto del cambio organizacional para las necesidades actuales del servicio y las modificaciones que en el PCFCC se proponen, ¿qué elementos podrían mejorarse? Entre los principales destacamos:

a) Definir en el PCPFCC la figura organizacional que nuclea a jueces/zas en términos estructurales y funcionales, tal como se hizo con la OGJ. Eso permitirá entender de qué hablamos (pool de jueces/zas o qué), cómo trabajan (pertenecen a una estructura plural pero siguen resolviendo individualmente), clarificar competencias (su función es gestionar el caso en audiencias y tomar decisiones), equiparar jerarquías entre estructuras y mejorar su vinculación (designando un/a presidente del juzgado que articule con la directora de la OGJ en la definición de criterios). También es importante porque eso es parte de la definición de la “jurisdicción y competencia” vinculada al procesamiento del conflicto, elementos que integran el PCFCC y no la ley orgánica. Especialmente, en un contexto donde las funciones de apoyo a la labor jurisdiccional pasan a estar en cabeza de la OGJ.

b) Explicitar los principios que debiesen guiar el trabajo de la OGJ. El artículo 52 enuncia que lo hará, pero no se definen. Esto es relevante dado que la OGJ trabaja con objetivos. Los principios permitirán resolver problemas estructurales (qué y quién hace) y operativos (cómo se hace).

c) Consideramos inconveniente definir las áreas que componen la OGJ y la descripción detallada de sus funciones. Aún tomando en consideración que esa estructura es de “mínima” y que podrán crearse otras, torna rígido algo que debe ser necesariamente flexible y dinámico. En algún punto, esto reproduce la lógica que intenta superarse. Además, esa definición en cada oficina limita la posibilidad de centralizar total o parcialmente servicios comunes, aprovechando economías de escala. En especial, en el contexto de profundización de las TICs al proceso.

d) Conserva la figura del Secretario, lo cual no tiene sentido. Esa función tenía razones históricas que actualmente la tornan absolutamente prescindible. Como problema

adicional, se la instituye dentro de la OGJ pero respondiendo al juez/a a quien se asigne. Esto seguramente traerá complicaciones operativas graves. En especial, por: (i) la injerencia indirecta que seguirá teniendo en las dinámicas de trabajo de la gestión, tanto por sí o con motivo de su labor de “asistente del juez/a”; y, (ii) las disputas de liderazgo. Esto así, aún cuando el artículo 43 inciso 14 es claro al establecer que la autoridad judicial no deberá intervenir en el ejercicio de funciones administrativas de la OGJ. El problema es, ¿cuáles son las funciones jurisdiccionales si no las define y, a partir de allí, cómo las distingo de las administrativas? En particular, porque en caso de duda la competencia recaerá en el juez/a (art. 52). En algún punto aquí también, no se terminan de desmontar parte de los problemas de diseño que explican los actuales desarreglos funcionales.

En similar sentido, cabría preguntarse qué harán efectivamente lo/as secretario/as (art. 49), ya que quienes despachan lo que ellos firmarán son los despachos especializados. Estimamos que hubiese sido mejor erradicar la figura, seguir pagándoles como “secretario/as”, pero asignarlos a cada juez/a –no en la estructura de la OGJ– y con funciones de apoyo al mismo.

e) Tampoco parecería lo más conveniente que los despachos especializados dependan jerárquicamente de la directora general, pero tengan autonomía funcional en el ejercicio de su competencia. Problema conceptual-operativo al cual se suma el siguiente: se instaura un proceso oral por audiencias, pero las decisiones más relevantes se proyectarían por fuera de las audiencias y, al parecer, por empleada/os (secretario/ y área especializada).

f) No se prevé que el o la administradora provenga de las ciencias de la administración o la ingeniería en procesos o afines.

## **Ventajas**

La incorporación de juzgados corporativos o pluripersonales y la instrumentación de OGJ reportaría ventajas en términos jurisdiccionales, operativos y administrativos.<sup>4</sup> Entre las principales podemos señalar:

a) Escindir las funciones jurisdiccionales de las administrativas, permitiendo que los/as jueces/zas se dediquen estrictamente a la labor jurisdiccional y que la gestión sea responsabilidad de una estructura independiente a cargo de personal especializado.

---

<sup>4</sup> González Postigo, L.- Fandiño, M. - Sucunza, M. (2020). *Proceso Civil. Un modelo adversarial y colaborativo*, CABA: Editores del Sur, pp. 83-84.

b) Profesionalizar la organización, responsabilidades y procesos de trabajos, a través de la construcción de una organización medible, que produzca información útil para la toma de decisiones, evaluación, ajustes y controles.

c) La corporativización de jueces/zas resuelve uno de los problemas centrales del funcionamiento del sistema de justicia: la dispersión de criterios personales sobre aspectos procedimentales o administrativos. Esta estructura permitiría homologar las formas de trabajo bajo una gestión de despacho y gestión uniforme –por ejemplo, fijando cómo debe proveerse un traslado de demanda o cómo se gestionará la prueba pericial-, la cual estará a cargo de otra estructura profesionalizada como la OGJ. También posibilitará la discusión entre jueces/zas sobre casos en los que entiendan o la uniformización de interpretaciones o criterios de fondo.

Una muestra de ello es lo previsto en el artículo 57 último párrafo del CPFCC, donde se dispone que “deberá buscarse en todo momento la unificación de criterios entre los distintos despachos especializados para garantizar un trato igualitario a las partes. A tal efecto, las normas prácticas determinarán criterios y formas de establecer providencias y resoluciones unificadas para situaciones ordinarias y repetitivas”.

d) Favorecer la instrumentación de la oralidad y la gestión del caso, su flujo y el conjunto de casos. En línea con la reconversión de los objetivos del proceso, uno de los cometidos centrales de la OGJ debiese ser gestionar de modo activo, flexible y eficaz el cumplimiento de cada una de las decisiones judiciales que se han adoptado. A ese efecto, es central entender la multidimensionalidad del *case management*, en tanto relación procesal-operativa donde la autoridad judicial, las partes y la estructura de apoyo se vinculan de modo dinámico en distintos ámbitos y niveles.

e) Facilitar la desburocratización administrativa-jurisdiccional, estandarización de procesos, transversalizar buenas prácticas y mejorar la comunicación interna y externa.

f) Aprovechar economías de escala en los servicios administrativos que soporten la labor judicial, aportando soluciones no sólo más racionales sino más eficientes. Cuando la carga de trabajo del sistema oral por audiencias exija un recurso juez/a más, no necesitaré crear un nuevo juzgado: sólo sumaré otro juez al pool o juzgado corporativo. Lo mismo en relación a las necesidades del servicio de la Oficina Judicial.

g) Permite maximizar al “recurso juez/a”, ya que en función del tipo de estructura se pueden gestionar de modo más eficiente las ausencias y licencias sin que afecte el desarrollo de la causa o conjunto de causas.

Como planteamos en otra oportunidad, la introducción de los juzgados corporativos también ha traído consigo dos planteos asociados: (i) La posibilidad de diferenciar las funciones judiciales de gestión del caso de las funciones del juicio propiamente dichas, a fin de que intervengan en cada una de ellas jueces/zas distintos. Ello encontraría justificación en las distintas funciones que tiene el juez en una y otra etapa y en las ventajas que reportarían para las mismas que actúen distintos funcionarios; y, (ii) La

atribución de la ejecución de sentencias a un juzgado corporativo diferenciado, circunstancia que permite organizar mejor las funciones, ganar en especialidad, revalorizar la ejecución y obtener un funcionamiento más eficaz para la realización de derechos.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Fandiño, M.- Espinosa, L. - Sucunza, M. (2020). *Estudio comparado sobre las reformas procesales civiles en América Latina*, Santiago (Chile): CEJA.

# LAS CAUSAS SIMPLES O PEQUEÑAS: UNA DEUDA GIGANTE

*Pablo Agustín Grillo Ciocchini (UNLP)*

## **La previsión constitucional**

El artículo 174 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires dice expresamente que “la ley establecerá, para las causas de menor cuantía y vecinales, un procedimiento predominantemente oral que garantice la inmediatez, informalidad, celeridad, accesibilidad y economía procesal”.

La ley no solo no estableció un procedimiento para las causas de menor cuantía y vecinales, sino que tampoco lo hizo oral ni, mucho menos, garantizó la inmediatez, informalidad, celeridad, accesibilidad, ni la economía procesal.

Más bien, todo lo contrario.

A 27 años de la sanción de la Constitución de 1994, no hubo ninguna modificación procedimental ni estructural para poner en práctica el mandato del artículo 174.

En cambio, las causas de menor cuantía, pequeñas o de vecindad siguieron su trámite por los mismos carriles procesales existentes desde 1968.

En rigor, los tipos de proceso de conocimiento que hoy vemos en nuestro régimen procesal habían sido ya propuestos por el Proyecto Podetti (PEN) de 1949, que los dividía en ordinarios, sumarios y sumarísimos. Lo mismo repitió el Proyecto Fernández de 1960.<sup>1</sup>

A su turno, el CPCCN en 1967 (adoptado luego en la Provincia de Buenos Aires por Decreto-Ley 7425/68) tomó ese mismo criterio: una división tripartita de los procesos de conocimiento:

---

<sup>1</sup> Carli C. (1965). *Derecho Procesal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. (pp. 58 y 61).

- Un proceso sumarísimo (“plenario excepcionalmente abreviado” en la terminología de Palacio<sup>2</sup> o “plenario rapidísimo” en la de Morello<sup>3</sup>).
- Un proceso sumario (“plenario normalmente abreviado” o “plenario abreviado”, según Palacio o Morello).
- Y, finalmente, con carácter residual, el proceso ordinario.

Estos tres procesos de conocimiento presentan características comunes en cuanto a la estructura y forma de los actos procesales, con diferencias en cuanto a la abreviación de los plazos, la supresión de algunos trámites y las resoluciones apelables.

Sin embargo, todos ellos presentan una rigidez que les impide adaptarse a los distintos tipos de conflicto.

Con más precisión: ninguno de los tipos procesales incluidos en el CPCC es “predominantemente oral” ni garantiza “la inmediatez, informalidad, celeridad, accesibilidad y economía procesal” tal como lo exige el art. 174 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

En ese sentido, el diseño actual resulta inadecuado para satisfacer la garantía de acceso a la justicia (art. 15 de la Constitución provincial) en el caso puntual de las pequeñas causas (art. 174 de la misma Constitución).

### **Pequeñas causas y procesos simplificados**

Junto a la idea de los códigos procesales de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires, de procesos de conocimiento que se diferencian solo por su supuesta rapidez,<sup>4</sup> han nacido otras propuestas de trámites específicamente diferenciados que se adapten a la pretensión puntual.

No obstante el tiempo transcurrido, solo a fines del siglo XX y comienzos del actual se han desarrollado ideas conocidas como los procesos de pequeñas causas o simplificados.

Es obvio, como lo señalaba Rosemberg, que “no se necesita un proceso tipo Cadillac para un reclamo del tamaño de una bicicleta”.<sup>5</sup> Pero esta obviedad pasó desapercibida para el ordenamiento procesal de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires.

---

<sup>2</sup> Palacio, L. E. (1982). *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. T. I, (p. 305).

<sup>3</sup> Morello, A. M. - Sosa G. L.- Berizonce R. O. (2015). *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires, Comentados y Anotados*. Ed. Abeledo-Perrot. T. V, (p. 217).

<sup>4</sup> La experiencia muestra que el menor plazo para contestar la demanda y para dictar sentencia no repercute de manera relevante en la duración del proceso; ni hablar del plazo de prueba que, por no ser perentorio, se extiende hasta que no exista prueba pendiente de producción, lo que en la práctica demora lo mismo cualquiera sea el tipo de proceso.

<sup>5</sup> Rosemberg, M. (1984). The Federal Rules After Half A Century, *Maine Law Review*, (nro. 36) (p. 243).

Es por ello que se piensa en dispositivos procesales específicamente diseñados para aquellas causas de bajo monto sino también para aquellas de escasa entidad, menor complejidad jurídica o “baja densidad”, en términos de Martínez.<sup>6</sup>

Sin embargo, ni en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ni en el de la Provincia de Buenos Aires, ni al momento de su sanción ni durante el medio siglo siguiente se previó otro carril procesal de conocimiento que no fueran los clásicos ordinario, sumario y sumarísimo.

Ello, con algunos agravantes.

La adopción de un trámite procesal escrito, desconcentrado, delegado y con muy poco o ningún impulso oficioso hizo que la diferencia entre esos tipos procesales quedara reducida al plazo para contestar la demanda y -en el mejor de los casos- para dictar sentencia. La producción de la prueba, en cambio, tendió a ordinarizarse, con la consiguiente demora y complejidad. Ello, sumado a los tiempos muertos del proceso (derivados de la falta de impulso de oficio), hacen irrelevantes la diferencia de duración y costos entre estos tipos procesales.

Como dijimos, durante más de 50 años no hubo en el ordenamiento procesal nacional ni de la Provincia de Buenos Aires una modificación procedimental que tuviese en cuenta los pequeños reclamos.

Pero tampoco hubo reformas de aquellas que Berizonce denomina “orgánico-funcionales”.<sup>7</sup> No se crearon fueros especializados, ni juzgados específicos, ni secretarías especiales.

Ello implica, en primer lugar, un obstáculo para el acceso a la justicia de quien resulta titular de una pretensión de escasa cuantía, pretensión que resulta desproporcionada respecto de los costos y las complejidades que implica el proceso ordinario, pero también las vías sumaria y sumarísima.

---

<sup>6</sup> Martínez, O.J. La tutela de las pequeñas causas y su impacto en el modelo actual de la justicia de la Provincia de Buenos Aires. *La Ley*. Recuperado de:0003/008002.

<sup>7</sup> Berizonce distingue entre “técnicas orgánico-funcionales” y “técnicas procesales”. Las primeras se refieren a la organización de fueros especializados, o organismos específicos y reglas diferenciadas (de familia, laboral, de pequeñas causas) . Las técnicas procesales (procedimentales) se refieren a los instrumentos formales (de procedimiento) especiales (procesos colectivos, proceso ejecutivo, reglas probatorias, técnicas de autocomposición). Berizonce, R. O. (2009). Técnicas orgánico-funcionales y procesales de las tutelas diferenciadas. En *Revista de Derecho Procesal*, 2009-1, Santa Fe. (p. 29).

En segundo término, y aun franqueado el acceso al tribunal -en un sentido estricto- la vía procesal resulta excesivamente lenta, compleja, cara y desproporcionada como para dar una respuesta satisfactoria a los reclamos de menor cuantía.

Ese es, entonces, el escenario causado por omisiones en la ampliación de vías procesales disponibles o en la creación de órganos específicos, pero también por la adopción de prácticas disfuncionales o lecturas de la norma procesal que llevan a la demora y a la ordinarización de los procesos sumario y sumarísimo.

Frente a ese escenario aparece la necesidad evidente de establecer alternativas sencillas, económicas y rápidas que permitan el fácil acceso y la resolución expeditiva de los reclamos de menor cuantía y de aquellos que, más allá de su monto, resultan jurídica o fácticamente sencillos.

### **Ideas para el tratamiento de causas sencillas o de poca cuantía**

Ahora bien ¿de qué manera podemos implementar aquellas nociones en el marco de nuestro proceso civil y comercial?

Por empezar, tenemos que partir de las bases sentadas en el citado artículo 174 de la Constitución provincial: oralidad, con su consiguiente intermediación,<sup>8</sup> informalidad, celeridad, accesibilidad, y economía procesal.

A partir de ahí, tomamos en consideración que hacen falta otras opciones procesales distintas de la mera reducción de plazos o de la limitación de las resoluciones apelables.

En un plano ideal, imaginamos este proceso para el tratamiento de causas sencillas o de menor cuantía como una única audiencia. Durante esa audiencia la parte actora desarrolla en forma oral los fundamentos de su demanda, la parte demandada los contesta y, a continuación, se produce la declaración de partes, de testigos y se examina la prueba documental e informativa. Terminada esa audiencia, fundadas oralmente la demanda y contestación, y producida la prueba, la jueza o juez estaría en condiciones de pronunciar la sentencia o, como mínimo, de expedir un veredicto y posponer los fundamentos de la decisión.

Por supuesto, ello presenta una serie de dificultades prácticas.

En primer lugar, un proceso de esa índole supone necesariamente una etapa previa de mediación durante la cual las partes hayan podido conocer el objeto del reclamo, su causa y sus fundamentos. De otro modo, la parte demandada no podría válidamente ser citada a una audiencia a contestar una demanda respecto de la cual no tiene ni siquiera

---

<sup>8</sup> "Inmediatez" dice el art. 174.



la información más básica. La sorpresa, tanto como la duración excesiva, es enemiga del debido proceso.

En segundo orden, este proceso parece incompatible con la producción de prueba pericial. La designación de la perita o perito, su examen de las cosas o documentos, la presentación de su dictamen -y la posibilidad de las partes de impugnarlo- no se condicen con el desarrollo procesal en una sola audiencia.

Finalmente, creemos que el recurso de apelación debe ser todavía más restringido que en el proceso sumarísimo vigente. Las mismas consideraciones que llevan a adoptar un proceso simplificado a una sola audiencia nos persuaden de limitar la apelación para ciertos supuestos específicos y taxativamente establecidos.

Existen, en el derecho comparado, ejemplos del proceso que en líneas generales describimos:

Por ejemplo, el Código Procesal Civil y Comercial del Estado de California prevé desde 1990 un proceso específico para pequeñas causas. Según la índole del reclamo, los montos en disputa son de hasta 2.500, 5.000 o 6.500 dólares. Allí, el proceso se inicia sin formalidades, y sin la asistencia letrada -de hecho, como regla, el proceso de pequeñas causas y la asistencia letrada son incompatibles en este régimen (116.530)-. Las audiencias pueden ser fijadas cualquier día, excepto los domingos, y los tribunales tienen la obligación de celebrar audiencias al menos un sábado por mes o fijar como mínimo una “sesión nocturna” por mes (116.250). Durante la audiencia, como sucede en general en los procesos de menor cuantía, se formula la demanda oralmente, se la contesta del mismo modo y se produce toda la prueba. La sentencia es inapelable para la parte actora (116.710 a) y, en caso de apelación por la parte demandada, el recurso también se resuelve durante una audiencia informal ante la cámara de apelaciones (116.770).

En el Reino Unido, las Reglas de Procedimiento Civil de 1998, diseñadas a partir de las propuestas de Lord Woolf, también prevén un proceso para pequeñas causas: las menores a 5.000 libras, en el que la asistencia letrada es opcional. En cambio, las que se refieren a montos que van desde 5.000 hasta 15.000 libras, que se consideran demasiado complejas para el proceso de pequeñas causas, se tramitan según el “fast track”, que podríamos asimilar a nuestro proceso sumarísimo en cuanto implica una simplificación del proceso genérico pero no un procedimiento enteramente distinto.

En España, los arts. 437 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 establecen un juicio verbal que, en alguna medida, busca atender la problemática de las causas de menor cuantía o escasa complejidad a través de un procedimiento mayormente oral, en

el que las partes puedan participar sin asistencia letrada y se inicie a través de un formulario predeterminado.

En nuestro país existieron proyectos específicos sobre el tema.

La Federación Argentina de la Magistratura elaboró un proyecto sobre “Procedimiento aplicable al Fuero Especial de Procesos Simplificados”.<sup>9</sup> En este tipo de procesos la demanda podía formularse en forma oral o a través de un formulario específico, y debía contestarse también de modo oral durante la audiencia en la que se produciría toda la prueba y se dictaría la sentencia.

La Dra. María Alejandra Brovelli formuló también un proyecto, fundamentalmente basado sobre el molde californiano, que también se proyectaba aplicar a las acciones de desalojo y despojo aun cuando no fuesen de menor cuantía.<sup>10</sup>

Entre otros, también tuvo estado legislativo un proyecto de “Procedimiento aplicable al fuero especial de procesos simplificados”, que respondía básicamente al desarrollo de la Dra. Mosmann.<sup>11</sup>

En Mendoza, el Código Procesal Civil, Comercial y Tributario prevé un “Proceso de Pequeñas Causas” (arts. 218 y siguientes). Ese proceso se diseña sobre la base de una única audiencia durante la cual se contesta la demanda y se produce la prueba. La sentencia puede dictarse oralmente, al finalizar la misma audiencia, o por escrito. Tramitan por esta vía los reclamos sobre conflictos de derecho privado entre vecinos, originados exclusivamente en su carácter de tales, siempre que no encuadre en otra competencia por materia, con excepción a las causas relativas a derechos reales sobre inmuebles, delitos, contravenciones o faltas, así como las cuestiones derivadas de relaciones de consumo de menor cuantía en las que el valor económico del reclamo no supere el equivalente a tres jus cuando la acción sea ejercida por el consumidor o usuario en forma individual.

En sentido semejante lo regula el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial para la Provincia de Corrientes de 2015.<sup>12</sup> En ese esquema, la actora debe ratificar y detallar los hechos durante la audiencia, y la demandada contestar oralmente la demanda, aunque puede también presentar un memorial. La experiencia procesal argentina nos muestra que, cuando se permite la convivencia entre los actos orales y los

---

<sup>9</sup> Ver <http://www.gestionjudicial.com.ar/index.php/home-page/lista-completa?format=raw&task=download&fid=147>.

<sup>10</sup> Ver nota anterior.

<sup>11</sup> Ver <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/proyectoTP.jsp?exp=1180-D-2010>.

<sup>12</sup> Recuperado de <https://www.hcdcorrientes.gov.ar/dra-midon/exposicion%20de%20motivos.pdf>

escritos, la escritura fagocita a la oralidad.<sup>13</sup> Sin embargo, la presencia de la jueza o juez en la audiencia, que el art. 218, IV, c) impone bajo pena de nulidad, puede ser un aliciente para la efectiva oralidad del trámite.

En esa línea de pensamiento, el proyecto de reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia presentado en 2019 disciplinó también un “Proceso de Pequeñas Causas”. En sentido estricto, no se limitaba a las causas de menor cuantía sino que incluía también otras que, más allá del valor de lo disputado, se presentan como de sencilla resolución, tales como división de condominio, interdictos o cuestiones de vecindad y propiedad horizontal.

Este proceso de pequeñas causas respondía a los lineamientos que hemos explicado más arriba: (i) demanda y contestación oral en una audiencia ante la jueza o juez, (ii) producción de pruebas en la misma audiencia, (iii) exclusión de la prueba pericial, (iv) incorporación de “testigos expertos” para paliar el supuesto de necesaria prueba pericial, y (v) apelación limitada a los supuestos en que hubiera existido una nulidad o se hubiera planteado la necesidad de producir prueba pericial, y el planteo hubiese sido desestimado. Contemplaba también la posibilidad de una audiencia complementaria para el supuesto en que la prueba no hubiese podido producirse durante la audiencia principal sin culpa de la parte oferente.

Un proceso del mismo tipo fue mencionado en las Bases para la Reforma Procesal Civil y Comercial<sup>14</sup> e incluido en el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación con el optimista título de “Justicia Inmediata”. Allí, además de los procesos de menor cuantía (aquellas que no excedan el monto del recurso de inaplicabilidad previsto en el mismo Anteproyecto) se incluyen (i) tutela y curatela, (ii) materias de vecindad, medianería, propiedad horizontal y locaciones, (iii) autorización para ejercer actos jurídicos, (iv) autorización para contraer matrimonio y (v) copia y renovación de títulos.<sup>15</sup> En esta versión resultaba admisible la prueba pericial y se estipulaba que, la prueba que no pudiera producirse durante la audiencia, seguiría el trámite incidental.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> Tal como ocurrió con la audiencia preliminar del art. 23 de la Ley 14.237 (reemplazada, según narra Sentís Melendo, por presentaciones escritas que ratificaban la prueba) Sentís Melendo, S. (1957) *El Proceso Civil, Estudio de la reforma procesal argentina*. Buenos Aires: EJE (p. 206).

<sup>14</sup> Bases para la Reforma Procesal Civil y Comercial, Buenos Aires, SAIJ, (2017) (p. 25).

<sup>15</sup> Ver art. 401 del Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en <http://www.saij.gob.ar/anteproyecto-nuevo-codigo-procesal-civil-comercial-nacion-nv21913-2019-07-01/123456789-0abc-319-12ti-lpsedadevon?&o=6&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B%2C1%5D%7CTema%5B%2C1%5D%7COrganismo%5B%2C1%5D%7CAutor%5B%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B%2C1%5D%7CTribunal%5B%2C1%5D%7CPublicaci%F3n/Novedad%7CColecci%F3n%20tem%E1tica%5B%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento&t=18446>

<sup>16</sup> Ver art. 434 del Anteproyecto citado.

En nuestro criterio, en cambio, la producción de la prueba pericial es incompatible con un proceso que, en principio, se diseña como de una sola audiencia. Como lo hemos explicado más arriba, los tiempos lógicos de la prueba pericial (designación de la experta o experto, fijación y pago del anticipo de gastos, práctica del examen pericial, confección del dictamen, eventuales pedidos de explicaciones y sus respuestas) son en gran medida independientes de los plazos y carriles procesales.

### **El proceso simplificado en el Anteproyecto**

Siguiendo este mandato constitucional, pendiente desde 1994, el Anteproyecto introduce, junto a los dos procesos de conocimiento anteriores, un proceso simplificado para “pequeñas causas” (reclamos de menor cuantía y otros procesos en los que la disputa resulta sencilla por sus elementos fácticos o la disputa jurídica).

Analicemos su ámbito de aplicación, estructura y funcionamiento.

#### ***Ámbito de aplicación***

El proceso simplificado se aplica en función del monto o de la materia.

En razón del monto, se aplica de modo obligatorio a todos los procesos de conocimiento en los que el monto del reclamo sea igual o menor a 5 veces el salario mínimo vital y móvil. Se excluyen los procesos que son de competencia del fuero de familia.

En razón de la materia, y con independencia del monto, el proceso simplificado se aplica a (i) procesos sin contenido patrimonial sobre cuestiones de vecindad o derivadas de la propiedad horizontal (ii) división de condominio, (iii) liquidación y ejecución individual de sentencias de condena de responsabilidad genérica, (iv) ejecución de sentencias extranjeras, (v) acciones posesorias, (vi) reparaciones urgentes en otro inmueble y reparaciones urgentes en el inmueble locado, (vii) autorizaciones para contraer matrimonio, oposición a la celebración del matrimonio, autorizaciones para salir del país, autorizaciones supletorias en materia de bienes en los matrimonios y en las uniones convivenciales, petición para conocer los orígenes en el caso de personas nacidas mediante técnicas de reproducción humana asistida, controversias entre consentimiento de la persona progenitora adolescente en los actos que requieren asentimiento de sus progenitores, y autorizaciones para ejercer actos jurídicos que no tengan prevista un trámite especial, (viii) determinación del monto de la reparación por daños causados por medidas cautelares, (ix) alimentos extraordinarios, (x) cancelación de prenda o hipoteca; (xi) pago por consignación; (xii) cobro de medianería; (xiii) proceso ejecutivo de consumo en ciertos casos, (xiv) tercerías, si no se utiliza el trámite de los incidentes, (xv) procesos para establecer los honorarios de las árbitras y árbitros; (xvi) procesos de liquidación del monto de la condena al pago de frutos, intereses, daños y perjuicios si no se aplica el proceso sumarísimo.

Además, y a opción de la parte actora, el proceso simplificado resulta aplicable, (a) en todos los procesos de conocimiento en los cuales se reclame una suma mayor a 5 y menor a 12 salarios mínimos vitales y móviles, y (b) aun cuando se reclamen sumas mayores o iguales a 12 salarios mínimos vitales y móviles, en los procesos para (i) determinar la relación de causalidad específica y la cuantía de los rubros resarcitorios en el proceso colectivo, (ii) reclamar rendición o aprobación de cuentas y (iii) pedir autorizaciones supletorias en materia de bienes en los matrimonios y en las uniones convivenciales.

Como resulta de lo anterior, se trata de un elenco variado de pretensiones. Algunas de ellas de contenido patrimonial y otras referidas a derechos personalísimos. Algunas de escasa complejidad fáctica (ejecución de sentencia extranjera) y otras de baja densidad jurídica (división de condominio).

### ***Organización del proceso simplificado***

El proceso simplificado supone el previo tránsito por la mediación prejudicial obligatoria o por la etapa previa en el proceso de familia. De hecho, esas etapas resultan esenciales a fin de construir el reclamo y la defensa.

En efecto, el proceso simplificado comienza con la presentación de un formulario -cuyo contenido establecerán las normas prácticas- en el que se indicarán sucintamente el objeto de la pretensión, las personas demandadas y las pruebas a producir. De ese formulario se da aviso a la parte demandada para que comparezca a una audiencia.

Durante esa audiencia la parte actora formulará oralmente su demanda, que será contestada en el acto por la demandada. Aquí, como decimos, cobra importancia el hecho de que las partes hayan transcurrido -o, al menos, hayan tenido ocasión de hacerlo- la mediación obligatoria o la etapa previa. Porque ni la demanda ni la defensa serán sorpresas para quienes hayan participado de buena fe en tales procedimientos.

En el proceso simplificado, por las propias limitaciones que el trámite impone, no es admisible la prueba pericial. Si alguna de las partes considera que es indispensable la producción de ese medio de prueba debe plantearlo y la cuestión se decidirá durante una audiencia remota. Si se hace lugar a la petición, debe excluirse el proceso del trámite simplificado y asignársele el trámite ordinario o sumarísimo que corresponda (art. 525).

No obstante lo anterior, en los procesos simplificados de familia, es admisible la participación del equipo técnico en la audiencia y la presentación de su opinión técnica (art. 523) y, por otro lado, las partes pueden proponer el testimonio de personas

profesionales o expertas que convoquen, a su costo, para prestar declaración testimonial para informar sobre aspectos científicos o técnicos (art. 526 inc. 2. b).

Por supuesto, durante la audiencia -que el Anteproyecto llama “audiencia principal”- la jueza o juez procurará arribar a una solución autocompuesta, en los términos del artículo 174 de la Constitución. En la misma audiencia, si no existe conciliación, declararán las partes, las personas propuestas como testigos y se examinarán los documentos y los informes producidos por las abogadas y abogados en ejercicio de su facultad de requerirlos directamente (art. 527).

Excepcionalmente, solo cuando sin culpa de las partes hubiera quedado prueba pendiente de producción, o se hubiera ordenado prueba de oficio, la jueza o juez podrá fijar una audiencia complementaria (art. 528).

Finalizada la producción de la prueba, y en la misma audiencia, las abogadas y abogados podrán alegar durante un máximo de 10 minutos (art. 529) y, concluido el trámite, se dictará sentencia en la misma audiencia. Los fundamentos y alcance de esa decisión se darán a conocer por escrito en el plazo máximo de 10 días (art. 530).

Como regla general, todas las providencias y resoluciones que se dicten durante el proceso simplificado son inapelables; ello incluye a las que ordenan aplicar o excluir a la pretensión del trámite simplificado. La sentencia, en cambio, es apelable en forma restringida (art. 531) aunque el recurso puede ser rechazado por la cámara con la sola indicación de que la sentencia se ajusta a un precedente aplicable (art. 884, último párrafo).

### **Conclusiones**

Para las causas simples o pequeñas hace falta un proceso oral, informal, rápido, sencillo y accesible.

No es solamente nuestra convicción: es la imposición del artículo 174 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, a la que debemos atender.

Creemos que el proceso que propone el Anteproyecto, y que más arriba describimos, cumple con las consignas constitucionales: la demanda, su contestación, la producción de la prueba y hasta la sentencia son orales; el procedimiento es flexible y la organización probatoria impide la *ordinarización* del procedimiento.

De este modo el Anteproyecto viene a saldar una deuda; no con la Constitución, ni con las pequeñas causas, sino con todas aquellas personas cuyos reclamos han sido

procesados por un sistema formalista, lento, desconcentrado, escrupulosamente escrito y caro. Aquellas personas a quienes no se les dio el proceso que se les debía.





# LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA EN EL PROCESO

## Comentarios al Anteproyecto del Código Procesal de Familias, Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires

*Sebastián Ignacio Fortuna (UBA)*

### **Introducción**

El presente trabajo tiene como objeto comentar las normas propuestas en el Anteproyecto del Código Procesal de Familias, Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires –en adelante “Anteproyecto”– para regular dos aspectos sustanciales al desarrollo de los derechos de la infancia y adolescencia: el derecho a participar en los procesos judiciales que los involucran, mediante la expresión de deseos e intereses que se materializa en la escucha que deberá garantizar la magistratura, y la posibilidad de acceder materialmente a las causas con patrocinio letrado.

Se trata de intervenciones que no son novedosas, sino que han sido motivo de arduas discusiones doctrinarias y jurisprudenciales expresadas en el reconocimiento de diversas líneas, más o menos permisivas, con relación a las diversas modalidades de intervención.

El marco de la regulación adjetiva resulta sustancial para determinar dichos límites, estableciendo pautas que garanticen el ejercicio de derechos esenciales que se vinculan con el reconocimiento de la subjetividad jurídica y de la ciudadanía en la infancia, pero bajo una especial mirada protectoria que radica en el contexto de especial vulnerabilidad en que una persona menor de edad se ubica.

El Anteproyecto, como se verá, se encarga con cuidado de establecer los resortes necesarios para el ejercicio de los derechos referidos, sobre cuyas precisiones me propongo reflexionar a continuación.

### **El derecho de la niñez y adolescencia a ser oída en los procesos judiciales**

Del juego que resulta en la lectura de los artículos 44, 198 y 445 inciso 9) del Anteproyecto resulta el deber de la magistratura de “participar personalmente de todas las entrevistas con niñas, niños y adolescentes”, y la preferencia que dicho tipo de entrevistas tengan carácter presencial.

A su vez, el artículo 91 del Anteproyecto dispone que “Las niñas, niños, adolescentes, personas con capacidad restringida e incapaces tienen derecho a ser oídas en todos los procesos que los afecten directamente. Su opinión debe ser valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso. En estos casos, la jueza o juez deberá expresar el modo en que tal opinión ha sido valorada”.

Tal como se observa, el Anteproyecto traslada al ámbito adjetivo de derechos la cuestión de la escucha como un elemento sustancial en aquellos procesos judiciales en que los derechos de las infancias se encuentren involucradas, imponiendo a la magistratura la carga directa de garantizar dicha escucha de manera personal y presencial. El abordaje a la cuestión resulta coincidente con los marcos de actuación exigidos por el propio Comité de los Derechos del Niño que, en interpretación a las normas de la CDN, ha señalado que además de entenderse la existencia de un deber concreto vinculado con la escucha, la edad no puede entenderse como un limitante o presunción de incapacidad para la construcción de opiniones propias y su posible exteriorización, pudiéndose configurar esta específica modalidad de participación mediante otras formas de acceso que tendrán quienes decidan en procesos que involucren infancias.<sup>1</sup> Es en tal sentido, que se ha afirmado que no puede partirse de presupuestos ligados a la edad como determinantes para presuponer la incapacidad del NNyA de tener opiniones propias y de poder expresarlas en las diversas formas posibles; aun cuando lo sea mediante el juego, la expresión corporal y facial, el dibujo o la pintura.<sup>2</sup>

La cuestión de la valoración de las opiniones que emergen de la escucha ha sido normativamente reglada primero por Ley de Protección integral nro. 26.061, como luego en diversos artículos del Código Civil y Comercial de la Nación. Ambos cuerpos normativos han referido a la evaluación de la *madurez* a fin de graduar en qué medida aquellas opiniones y/o deseos deben ser tenidos en cuenta a la hora de adoptarse la respectiva decisión que involucre sus derechos. El Anteproyecto aquí comentado impone, con acierto, este mismo criterio interpretativo, aunque establece una valiosa

---

<sup>1</sup> Comité de los Derechos del Niño, ONU, Ob. General nro. 12, (2009), párrafos 20 y 21. Véase también: Mizrahi, M L. (2015). *Responsabilidad Parental...*. Buenos Aires: Astrea; Kemelmajer de Carlucci, A.-Molina de Juan, M. (2015). La participación del niño y del adolescente en el proceso judicial. Cita online: AR/DOC/4850/2015

<sup>2</sup> Comité de los Derechos del Niño, ONU, Ob. General nro. 12, (2009), párrafos 20 y 21.

carga sobre quienes administran justicia vinculada con la necesidad de fundar el modo en que dicha opinión es valorada. Esta solución, sin duda, responde en lo sustancial a la garantía del mejor interés de la persona menor de edad de quien se trate.

El principio de interés superior nos acerca a la necesidad de que el Estado adopte una actitud proteccionista con relación a las decisiones que afecten a NNyA; mientras que el derecho a ser oído, y la participación en el proceso, al menos, mediante la manifestación de sus deseos, nos conecta con aquel otro aspecto afín: la necesidad de revalorizar la voz de la infancia y la adolescencia, sus intereses y autonomía.<sup>3</sup>

El Comité de los Derechos del Niño ha expresado en la Ob. General nro. 14<sup>4</sup> acerca de la necesidad de ajustar y dotar de sentido al interés superior sobre la base de los contextos individuales en que se encuentre cada NNyA, su situación concreta, contexto y específicas necesidades. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que postular en una decisión judicial la importancia del interés superior implica búsqueda de aquello más beneficioso para la realidad subjetiva del NNyA<sup>5</sup> y que, en dicha labor, la magistratura se encuentra obligada a “dar buenos fundamentos acerca de la selección que realicen, para no caer en un uso antifuncional de sus facultades discrecionales”.<sup>6</sup>

No es posible decidir acerca de los derechos en las infancias y adolescencias, y de su operatividad en cada caso concreto que se presenta ante la magistratura, sin conocer los deseos y necesidades involucradas. Es la instancia de la escucha que el Anteproyecto garantiza se cumpla de manera directa por quien es titular de la judicatura.<sup>7</sup> Aquellas expresiones tendrán un peso específico en la decisión que vaya a adoptarse, que se volverá más intenso en la medida en que pueda observarse un mayor grado de madurez o desarrollo.<sup>8</sup> Los deseos y opiniones forman entonces parte de aquel interés superior, configuran un límite a los deseos de quienes ejercen responsabilidad sobre ellos, aunque deban ser evaluados por la judicatura en orden a los principios antes expuestos, y a los fines de garantizar el plexo de los derechos involucrados.

En ese contexto, el Anteproyecto prescribe como principio procesal fundante que no sólo no es posible adoptar decisiones que afecten directamente a infantes y adolescentes sin promover su escucha, sino que deberá fundarse con extremo cuidado

---

<sup>3</sup> Campoy Cervera, I. (2015). El principio de “protección especial” de las niñas y los niños. Modelos de reconocimiento y protección de derechos, en Fernández, S.E (coord.), *Tratado de Derecho de Niños, Niñas y Adolescentes*, T I. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

<sup>4</sup> Comité de los Derechos del Niño, ONU, Ob. General nro. 14, párrafo 32.

<sup>5</sup> CSJN, S., C. s/ adopción, 2/8/2005, Fallos 328:2870

<sup>6</sup> CSJN, 29/4/2008, Fallos 331:942

<sup>7</sup> Gil Domínguez, A. - Famá, M.V - Herrera, M. (2006). *Ley de Protección Integral de niñas, niños y adolescentes*. Buenos Aires: Astrea; Bedrossian, G. (2000) Cuando el deseo del menor va en contra de su propio interés. LLC 2000-507

<sup>8</sup> Pérez Manrique, Ricardo C. Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes. En A., Gil Domínguez - M.V., Famá - M., Herrera. *Ley de Protección Integral de niñas, niños y adolescentes*, op cit.

el apartamiento de aquellos deseos. La íntima relación que existe entre los dos principios en juego –capacidad progresiva e interés superior– y el derecho a ser oído se convierten en el tándem que define el nuevo modelo de los derechos de la niñez. Los resortes que facilitan esta relación requieren de un tipo de sincronización manual en las resoluciones judiciales que se adoptan respecto de NNYA, en cuanto a la particularidad y especificidad que cada una de ellas reúne; y exigen que en el proceso de búsqueda de aquel interés superior sea valorada la opinión de quienes están involucrados seriamente y a conciencia de su valor privilegiado en la adopción de medidas que modifiquen de manera alguna el curso de sus vidas.

La carga de la escucha, si bien opera principalmente –y con mayor peso– sobre la primera instancia, no excluye que los Tribunales revisores garanticen su efectividad en contextos en que no pudo ser satisfecha durante la sustanciación del proceso. Tampoco impide repetir dichas entrevistas en casos en que eventos sobrevinientes hubieran cambiado los hechos sobre los que correspondía decidir; o bien que por que por razones fundadas fuera necesario una nueva escucha ante la instancia de apelación.

El Anteproyecto se interesa en precisar ciertos interrogantes que fueran planteados en la doctrina y la jurisprudencia con relación al *cómo* escuchar, *cuándo* y *dónde* hacerlo.

En contraposición al *deber* de escuchar que descansa sobre la magistratura, la infancia y adolescencia tiene consagrado para sí un *derecho*, que puede decidirse no ser ejercido.<sup>9</sup> El proyectado artículo 201 reconoce el aspecto potestativo por parte de NNYA para acceder a la escucha. Aún así, la negativa no puede pasar inadvertida para la magistratura que interviene en la problemática. Deberá determinarse si el rechazo responde a una convicción sincera, o si se encuentra impulsada por quienes ejercen la titularidad de la responsabilidad parental.<sup>10</sup> En el segundo de estos supuestos, resultando la judicatura garante último en el ejercicio de los derechos de las personas menores de edad, les corresponderá adoptar medidas destinadas a disuadir a quien obstruya el ejercicio del referido derecho.

El mismo artículo proyectado señala la necesidad de que el proceso de escucha se integre con la información que deberá ser brindada a la persona menor de edad involucrada. Dicha información va desde la finalidad del acto a la explicación acerca del proceso judicial y su derecho de contar con representación letrada. La información debe

---

<sup>9</sup> Corte IDH, *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, 29/11/2011. En doctrina, véase: Pettigiani, E. J. (2013) *¿Por qué escuchar al niño o adolescente y cómo escucharlo?*. RDF, nro. 62, Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp.7 y ss.; Pagano, L. M. (2013) *Participación de los niños en los procesos...*, en RDF, nro. 62, Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp.7 y ss.; Mizrahi, M. L. *Responsabilidad Parental...*, op cit., 70; Gil Dominguez, A. - Famá, M.V. - Herrera, M. *Ley de Protección Integral...*, op cit.

<sup>10</sup> Comité de los Derechos del Niño, ONU, Ob. General nro. 12, (2009), párrafo 30. Ver también: Mizrahi, M. L. *Responsabilidad Parental...*, op cit., pp. 61 y ss; Pettigiani, E. J. *¿Por qué escuchar al niño o adolescente y cómo escucharlo?*, op cit.

incluir tanto cuestiones generales, como las referidas a dónde está y con quién está; como también otras más específicas relacionadas con los derechos de su titularidad como y las razones por las que se lo cita.<sup>11</sup>

Con relación al *cómo* efectuar la escucha, la norma prefiere la presencialidad –salvo medio alternativo por razones fundadas– y la reserva de dicha grabación.

La opción de videograbación se volverá sustancia para la revisión de las decisiones en las instancias de apelación, y podrán evitar una nueva concurrencia del NNoA a la sede del judicial.

Salvo manifestación expresa en contrario que se formulara, la reserva del acto se justifica en el respecto a la intimidad del/la NNoA, y el valor de su decisión respecto de un acto que lo involucra directamente.<sup>12</sup>

Por otro lado, la presencialidad que promueve el art. 198 radica en el contacto directo entre quien deba tomar decisiones y el NNoA. La importancia del acto presencial, cuando se trata de infantes de corta edad y/o con escaso nivel de desarrollo madurativo, valoriza la información no verbal que se obtiene del encuentro; las miradas, gestos, juegos, movimientos corporales puede ser de importante valor.<sup>13</sup> De allí, el entrenamiento para dirigir aquellas instancias, y la asistencia interdisciplinaria del equipo técnico, serán decisivas para la correcta intervención.

El *cuándo* escuchar responde a la instancia temporal de cada proceso donde corresponde escuchar. Ello exige de criterios flexibles, que no hagan depender la escucha de otros actos preclusivos del proceso. El Anteproyecto responde a esa premisa y habilita a su celebración en los momentos en que la necesidad de hacerlo impere. Así, dispone artículo 201 que “la jueza o juez deberá convocarlas a una entrevista que puede ser fijada de manera especial o juntamente con otra audiencia del proceso para tomar conocimiento personal y directo de ellas”.

Como también fuera aquí observado, la escucha efectuada por la judicatura de la primera instancia no impide que quienes están cargo del Tribunal de revisión repitan la entrevista, o incluso se cumpla con la manda ante en la oportunidad de encontrarse el

---

<sup>11</sup> Lloveras N.- Orlandi O.- Tavip, G.(2014) Comentario al art. 639 del CCyCN. En A., Kemelmajer de Carlucci- M. Herrera- N., Lloveras- *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial...* Tomo IV. (pp. 36 y ss) Santa Fe: Rubinzal Culzoni. También: Cárdenas, E.- Cimadoro, M. S.- Herscovici, P.- Montes, I. B.(2007). La escucha del niño en el proceso judicial de familia. *Revista La Ley*. 26/03/2007. (p. 1).

<sup>12</sup> Pettigiani, E. J. *¿Por qué escuchar al niño o adolescente y cómo escucharlo?*, op cit; Mizrahi, M. L. *Responsabilidad Parental...*, op cit., pp. 79 y ss.

<sup>13</sup> Pettigiani, E. J. *¿Por qué escuchar al niño o adolescente y cómo escucharlo?*; Gil Domínguez A. - Famá M.V. - Herrera, M. *Ley de Protección Integral...*, op. cit.; Comité de los Derechos del Niño, ONU, Ob. General nro. 12, (2009), párrafos 20 y 21.

caso a ser resuelto ante la SCBA. En concreto, el artículo 879, referido a la actuación ante la Cámara, prescribe que “Cuando se encuentren afectados de modo directo derechos de niñas, niños y adolescentes, personas con capacidad restringida o incapaces, la sala o cámara podrá convocárlas a la audiencia multipropósito o a una entrevista para tomar conocimiento personal y directo. Las mismas juezas y jueces que participaron de la entrevista deben dictar la sentencia, bajo pena de nulidad”. A su turno, el art. 896, habilita que la SCBA, “...podrá fijar entrevista para tomar conocimiento personal y directo de niñas, niños, adolescentes, de personas con capacidad restringida o incapaces cuando se encuentren afectados de modo directo sus derechos”. Debe ejercerse con prudencia esta facultad, evitando que el derecho se transforme en la repitencia de una práctica sin criterio justificatorio, más teniendo en cuenta la alternativa de la videograbación y la posibilidad de adoptar medidas de escucha indirecta que eviten la concurrencia.

Finalmente, respecto a *dónde* ejercer la escucha, se ha optado por un término preciso, pero abierto a cierta permeabilidad interpretativa. El proyectado artículo 91 indica que corresponderá en “todos los procesos que los afecten directamente”. La cuestión no es menor porque su interpretación se traduce en las limitaciones que se consideran adecuadas para el ejercicio del derecho. Si magistratura tendrá siempre el deber de recibir y escuchar al niño/a que pretenda ejercer su derecho, no debe generalizarse esta afirmación de modo que se dé en cualquier proceso.

Un criterio clásico ha considerado que el deber se extiende a los asuntos que refieran a derechos personales las personas menores de edad afectadas<sup>14</sup>; pudiéndose excluir, salvo razones en contrario, aquellos casos de contenido patrimonial. El Anteproyecto revisa esa lectura y propone como regla la *afectación directa*. En efecto, no se limita a cuestiones personales, aunque sí a asuntos que impliquen sus derechos sustancialmente, impactando en el desarrollo de la vida cotidiana.

### **Intervención de la infancia y adolescencia con patrocinio letrado en el proceso judicial**

Los lineamientos teóricos sobre los que se ha fundado la subjetividad jurídica de las personas menores de edad han servido de base para justificar la necesidad de reformular los cuerpos normativos locales en sintonía a un nuevo sentir respecto de la infancia y de la adolescencia. La revisión del proteccionismo clásico fundado en la representación, y la diagramación de franjas etarias fijas para el acceso a derechos sin considerar la voluntad de la persona afectada, dieron espacio para que deseos e intereses de las infancias y adolescencias sean considerados como un valor diferenciador.

---

<sup>14</sup> Kemelmajer de Carlucci, A. Molina de Juan, M. La participación del niño y del adolescente en el proceso judicial, op cit.; Pettigiani, E. J., *¿Por qué escuchar al niño o adolescente y cómo escucharlo*, op cit; Mizrahi, M. L. *Responsabilidad Parental...*, op cit.; Lerner, G. (2007). Que el abogado del niño responda al niño. Revista Derecho de Familia, 2007-II, abril 2007, 88.

La intervención directa del NNyA en el proceso, en sus diferentes modalidades, se enfrenta a limitaciones específicas que se enraízan en ese nuevo modelo de protección de derechos. Aquellas, se fundan en la especial consideración del estado de mayor vulnerabilidad a la que se encuentran sometidas las personas durante la infancia<sup>15</sup>; lo que exige no solo el reconocimiento de ámbitos específicos de autonomía y libertad, sino también cuidados especiales en las resoluciones que se adopten. La capacidad progresiva cobra un valor fundamental: obliga a considerar de manera particular el peso de la intervención, y de los deseos e intereses que formulan las infancias y adolescencias, a medida que se adquiere un mayor grado de autonomía. De tal forma, a medida que crecen se reduce proporcionalmente la intervención de los adultos en las decisiones de que atañen a sus vidas y exigiendo mayores argumentaciones para apartarse de aquellos deseos e intereses.

El texto del Código Civil y Comercial de la Nación no elimina la representación procesal, que resulta consecuencia de la responsabilidad parental –conf. arts. 638 y cctes.– sino que la *aggiorna*. Reemplaza el rígido sistema etario de capacidad sobre el que se sostenía el Código Civil por uno más flexible, y mutable en función de las realidades particulares de la persona menor de edad de que trate en la cuestión sometida a decisión y a su capacidad progresiva.<sup>16</sup>

El Anteproyecto comentado, sigue los lineamientos descriptos y establece de manera concreta en el art. 92 que “Las niñas, niños y adolescentes que cuentan con un grado de madurez suficiente pueden intervenir con asistencia letrada a”. Hace descansar en la magistratura informar sobre el derecho, lo que presupone informar acerca de las diferentes opciones con las que se cuenta en cada jurisdicción.

La norma, si bien limita la llamada “incapacidad de ejercicio” de los derechos a situaciones en las que se corrobore que la persona menor de edad no cuenta con la capacidad y grado de madurez suficiente, habilita ejercer por sí los actos reconocidos específicamente por el ordenamiento jurídico, también bajo el criterio de la adquisición gradual de capacidades.

La norma propuesta que es comentada no profundiza sobre cuestiones vinculadas al carácter de parte; queda la cuestión relegada a la regulación de fondo y a la apreciación

---

<sup>15</sup> Famá, M.V. - Herrera, M. (2008) Una sombra ya pronto serás. La participación del niño en los procesos de familia en Argentina. *Derecho Procesal de Familia*. (p. 179-206). Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica .

<sup>16</sup> Kemelmajer de Carlucci, A. – Molina de Juan, M. (2015). La participación del niño y adolescente en el proceso judicial. RCCyC 2015 (noviembre) (p. 3); Mizrahi, M. L. *Responsabilidad Parental...*, op cit. (p. 93); Moreno G. D. El abogado del adolescente como garantía de acceso a la justicia en el Código Civil y Comercial, op cit.; Leguizamón, H. E. (2017) La capacidad procesal del menor en el Código Civil y Comercial y el abogado del niño. La Ley 17/13/2017, (p. 1). En coincidencia se han expresado: Lloveras, N – Orlandi, O – Tavip G, Comentario al art 577, op cit.

que haga la magistratura en cada caso concreto, donde se habilite dicha intervención específica. Reconocer subjetividad plena de los NNYA en el acceso a derechos, y asumir que aquellas son las bases de la revolución de los derechos, exige repensar la forma en que entendemos las nociones de *parte* en los procesos y el específico rol que le atribuiremos a las infancias y adolescencias, y al específico cuidado que deba observarse en orden a su especial condición de vulnerabilidad.

La integración de NNoA bajo la modalidad regulada, y mas allá de las facultades para intervenir como parte que otorga la ley de fondo, se limitan a garantizar la defensa de intereses y derechos, cuando la madurez lo permita, pero no imponer las obligaciones que el proceso hace pesar sobre quienes litigan.<sup>17</sup>

Creo necesario efectuar algunas preguntas que pueden ser útiles a la hora de pensar en la regulación propuesta.

En primer lugar, la norma es clara en tanto que la asistencia letrada se vincula con el hecho de la capacidad progresiva, cuya determinación dependerá de la apreciación jurisdiccional.<sup>18</sup> Corroborar esta autonomía es central, ya que la función de la asistencia letrada se vincula con la expresión de los deseos de la persona menor en el proceso, enmarcados en una defensa especializada<sup>19</sup>; diferenciando la figura con otras más vinculadas a la representación.

---

<sup>17</sup> Profundizar en: Fortuna, S.(2019). La participación del NNYA en los procesos de familia. El derecho a ser oído, el carácter de parte y el rol del abogado del niño. En Grosman C. (directora), *Los Derechos Personalísimos de NNYA. En especial sus derechos a la salud y al cuidado del propio cuerpo*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

<sup>18</sup> Gil Domínguez, A. – Famá, M. V. - Herrera, M. *Ley de Protección Integral...*, op cit. (p. 476); Famá, M. V. (2018) Alcances de la participación de los niños y adolescentes en los procesos de familia, op. cit.; id., La intervención del abogado del niño en los procesos de familia: alcances y delimitaciones, op. cit.; id. *La Filiación por Naturaleza y Técnicas de Reproducción Humana Asistida...* Buenos Aires: La Ley; Pérez Manrique, R. Participación judicial de niños..., op cit.; Herrera, M. Reciclando tensiones..., En Fernández, S (directora), *Tratado...*, op cit.; Granica, A. – Maggio, M T. (2013). El abogado del niño y la actuación judicial. Cuándo, cómo y dónde. Revista Derecho de Familia, nro. 62, noviembre de 2013, Buenos Aires: Abeledo Perrot; Lloveras, N. – Orlandi, O. – Tavip G. Comentario al art. 639... op cit.. Algunos autores se han expedido formulando la intervención con asistencia letrada independientemente de la edad y autonomía, véase: Solari, N E. (2010). Un importante precedente de la Corte Suprema sobre la figura del abogado del niño, La Ley, 2010-F-422; Rodríguez, L. (2011) Admisibilidad, rol y facultades del abogado de niñas, niños y adolescentes. RDFyP, La Ley, 2011-10-11; Mizrahi M. L. *Responsabilidad Parental...*, op cit. En jurisprudencia: CNCiv., Sala B, G. V., G. M c/ L., S. N s/ Medidas precautorias, (inédito). Sentencia actualmente en revisión por ante la CSJN; id., R., D. H c. R., R, R., 17/12/12,, 80672/2012.

<sup>19</sup> Gil Domínguez, A. - Famá, M. V. - Herrera, M. *Ley de Protección Integral...*, op cit. (p. 476); Famá, M. V. Alcances de la participación de los niños y adolescentes en los procesos de familia, op. cit.; id. La intervención del abogado del niño en los procesos de familia: alcances y delimitaciones, op. cit.; id *La Filiación por Naturaleza y Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, op cit.; Famá, M. V- Herrera, M. Una sombra ya pronto serás. La participación del niño en los procesos de familia en Argentina, op. cit. En similar sentido: Pérez Manrique, R. Participación judicial de niños..., op cit.; Moreno, G. D. La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño, op cit.; id. El abogado del adolescente como garantía de acceso a la justicia, op. cit; Italiani. M I. (2013) El Abogado del niño y el rol del Ministerio Publico. Revista Derecho de Familia, nro. 62, noviembre de 2013, Buenos Aires: Abeledo Perrot; Granica, A. – Maggio, M. T. (2013) El abogado del niño y la actuación judicial. Cuándo, cómo y dónde. Revista Derecho de Familia, nro. 62, noviembre de 2013, Buenos Aires: Abeledo Perrot; Romero, C. Tensiones y conflictos en la implementación de la figura del abogado del niño. En Fernández, S E (directora), *Tratado de los Derechos del Niño...*, T. III, op cit., (p. 2739); Lloveras, N. – Orlandi, O. – Tavip, G. Comentario al art. 639... op cit.;



El patrocinio letrado se vincula con la capacidad progresiva y responde a los intereses de quien se patrocina; no implica una labor sustitutiva de la voluntad, ni responde a la legalidad e intereses sociales que competen a la Defensa Pública.<sup>20</sup>

De esta forma, se advierte que el Anteproyecto mejora la redacción de la ley provincial 14.568, que creó la figura del abogado de la infancia en el ámbito bonaerense, en tanto propone compatibilizar dicha intervención con la capacidad progresiva de las personas menores de edad.

Se trata de asistencia técnica, información acerca de alternativas legales, escuchar necesidades y presentar las mismas a quien ejerce la magistratura mediante pedidos, recursos, etc.<sup>21</sup>

Por otro lado, con relación al marco objetivo, es decir qué tipo de procesos, la norma proyectada restringe la actuación a aquellos “que los afecten en forma directa”. Al igual que para la escucha, se va más allá del contenido *persona*<sup>22</sup>, admitiéndose también la intervención en causas con contenido patrimonial. Aun así, la afectación a sus derechos debe ser *directa* y no, en cambio, cuando ocurre colateralmente, como ser el caso de un desalojo iniciado contra quienes ejercen la responsabilidad parental por la falta de pago de alquileres.<sup>23</sup>

Finalmente, con relación a la designación del patrocinio nada dice esta específica propuesta de reforma<sup>24</sup>. Sí se establece que la magistratura debe informarle a la persona respecto de su derecho de contar con patrocinio. La actuación se limita a eso: informar

---

Leguizamon, H. E. La capacidad procesal del menor, op cit.; Jalil, S. N. El Abogado del niño: a propósito del nuevo Código..., Recuperado de eldial.com, DC21F2; Balnchard, V. (2015). Procedencia del abogado del niño ¿En qué casos?. DFyP 2015 (noviembre), AR/DOC/3449/2015; Sperr, D. (2013). Cuestiones problemáticas que plantea la figura del abogado del niño en el ámbito del derecho civil, Revista Derecho de Familia, nro. 61, Septiembre 2013, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

<sup>20</sup> Moreno, G. D. La representación adecuada... En Fernández, S. (directora), *Tratado...*, T. III, op. cit. (p. 2619); id., Ministerio Público en el Código Civil y Comercial..., (2016), Revista Derecho de Familia, nro. 74, abril 2016, Buenos Aires: Abeledo Perrot. En jurisprudencia: Cam. Civ y Com., Mar del Plata, Sala 3ra, *R., J, M y otros*. 19/4/2012; En igual sentido: Cam. Apel. Trelew, *Asesoría de Menores e Incapaces s/ medidas de protección*, 21/8/2015, reseñado en Fortuna, S. I. – Murganti, A.; “Actualidad en Derecho de Familia 2015-IV”, Jurisprudencia Argentina, Thomson Reuters; CNCiv., Sala C., *H., R. A. c/ B., M J s/ Incidente de familia* 30/7/2013, AR/JUR/41472/2013.

<sup>21</sup> Ello no obsta a que si el profesional entiende que las instrucciones que da su representado no resultan ajustadas a su interés, o podrían –de concretarse– generar un daño en el niño o adolescente, debería cesar en el patrocinio que le fue asignado.

<sup>22</sup> Kemelmajer de Carlucci, A - Molina de Juan, M. *La participación del niño y del adolescente en el proceso judicial*, op cit.; Pettigiani, E. J. *¿Por qué escuchar al niño o adolescente y cómo escucharlo?*, op cit.; Mizrahi, M. L., *Responsabilidad Parental...* op cit., (p. 79 y ss); Lerner, G. (2007). *Que el abogado del niño responda al niño*. Revista Derecho de Familia, 2007-II, abril 2007. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

<sup>23</sup> Cam. Apel. Civ. y Com., Necochea, *G., A. M c/ L., M. Z s/ desalojo falta de pago*, 22/3/2016, La ley, AR/JUR/13855/2016

<sup>24</sup> Debe recordarse que la ley 14.568 de la Pcia. de Buenos Aires reconoció el derecho a representación letrada aunque no fijó la procedencia de dicha intervención sobre la base de la capacidad progresiva, en este sentido la propuesta del Anteproyecto resulta un avance por sus más acertadas precisiones.

el derecho. No corresponde al Ministerio Público ni a la magistratura realizar dicha designación, ello resultaría contrario paradigma de la asistencia letrada y violatorio a de los derechos de la persona que pretende dicha asistencia y su autonomía.<sup>25</sup>

La elección tampoco debiera admitirse recaiga sobre quienes ejercen la responsabilidad parte en el juicio, ni que responda a una derivación que efectúen, implicando reproducir intereses de litigantes y no los de quien se representa.<sup>26</sup>

Una cuestión que no se ha previsto, que podría resultar interesante y ha sido objeto de recepción en diversos precedentes jurisdiccionales y bajo diversas modalidades, es que la sentencia pueda ser puesta en conocimiento directo de las personas menores de edad sobre cuyos derechos impacta. La modalidad para proceder con este eventual deber quedará a criterio de la magistratura. En algunos casos, mediante un comparendo especial y con el específico fin de anotar la solución, otros mediante una notificación celebrada bajo modalidades especiales para quien es destinada.

Podría haberse propuesto para el caso aplicar una solución similar a la prevista en el art. 217 del Anteproyecto y proponer que la notificación de la sentencia a la persona menor de edad se comunique en términos claros, sencillos y sin tecnicismos; o bien mediante profesionales del equipo técnico del Juzgado.

## Conclusiones

La intervención de la niñez y adolescencia en los procesos judiciales ha sido tan compleja como su participación en cualquier otro espacio público. Su voz, como elemento integral de las decisiones judiciales, fue ganando espacio gracias a las nuevas concepciones teóricas vinculadas con la universalización de los derechos humanos, que reafirmaron la necesidad de un trato igualitario que escindiera del binomio titularidad-ejercicio de derechos. A su vez, el proceso de especificidad de los derechos, y la necesidad de repensar los derechos de la niñez como una categoría con particularidades propias y en un marco de protección específica, exigió tanto garantizar la participación de la infancia la adolescencia en las esferas de decisión, como el reconocimiento de espacios de libertad y autonomía que se incrementan progresivamente en el proceso de su constitución ciudadana.

La actuación de las partes en ese proceso, tanto de aquellos de quienes dependen la personas menores de edad en forma directa o bien de quienes representan al Estado,

---

<sup>25</sup> Moreno, G. D. *El abogado del adolescente como garantía de acceso a la justicia*, op cit; En igual sentido: Gil Domínguez. A. - Famá, M. V. - Herrera, M. *Ley de Protección Integral...*, op cit. (p. 476); Famá, M. V. *Alcances de la participación de los niños y adolescentes en los procesos de familia*, op. cit.; En contrario: Mizrahi, M. L. *Responsabilidad Parental...*, op. cit..

<sup>26</sup> Véase: CNCiv., Sala G, C., *E s/ Art. 250 CPCCN. Incidente de familiar*, 27/6/2011 (inédito), Sala B, R., D. *H c. R., R*, 17/12/12, R. 80672/2012 (inédito); id., B., C. R. c/ T., R. *E s/tenencia de hijos*, 26/3/2015 (inédito); Sala C, H., R. *A c/ B. M J s/ incidente de familia*, 30/7/2013 (inédito).

continuará sin duda vinculada a la necesidad de garantizar el cuidado; aunque se sostendrá ahora en la comprometida consideración de los deseos e intereses de NNyA y, como se ha afirmado, deberá garantizar marcos de autonomía que se adquirirán en función del incremento en el grado de su madurez.

El Anteproyecto del Código Procesal de Familias, Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires brinda algunos criterios para abordar este problema. No cierra la discusión, sino que propone garantías mínimas para el resguardo de derechos básicos de las infancias en el proceso.

En los artículos comentados, el Anteproyecto se instala como un resorte que posibilita el derecho de la infancia y adolescencia a intervenir en los juicios que involucren bajo los dos mecanismos explicitados: la escucha y la intervención directa. Sin duda, la discusión no se agota allí; ni tampoco las posibilidades de pensar otros diseños normativos conexos que habiliten mecanismos para el control de la calidad, especialidad y la gratuidad en el acceso a la defensa técnica.<sup>27</sup>

Es imperioso seguir reflexionando acerca de la necesidad de acompañar estas reformas normativas con la irrupción de políticas públicas concretas que construyan, desde una transformación cultural, una forma distinta de concebir la infancia y la adolescencia en clave de construcción de ciudadanía.

---

<sup>27</sup> A esto refieren las reglas de Reglas de Brasilia a las que ha adherido nuestro Máximo Tribunal Federal mediante Ac. 5/2009, que establecen la conveniencia de “promover política pública destinada a garantizar la asistencia técnico jurídica de la persona vulnerable” (regla nro. 29) y señalan la necesidad de crear mecanismos de asistencia letrada, controlando la calidad y garantizando la gratuidad de la misma (reglas nro. 31, 53 y 65).



# AUTORIZACIONES FAMILIARES EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL

## Análisis comparado del Anteproyecto de Código Procesal de Familias, Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires

*David Hacker (UBA)*

### **Introducción**

En el presente trabajo abordaré las principales disposiciones del Anteproyecto de Código Procesal de Familias, Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires –en adelante el Anteproyecto– respecto de las autorizaciones familiares y su análisis comparado con otras legislaciones provinciales, tanto vigentes como proyectadas.

Me referiré, en particular, a las autorizaciones para contraer matrimonio, para salir del país y las supletorias en materia de bienes del matrimonio o unión convivencial.

Desde la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación –en adelante CCyCN–, todo análisis en materia de aplicación del derecho de familia debe tener en cuenta la específica inclusión de principios generales que deben observarse en el marco del desarrollo procesal de las pretensiones particulares. Se ha entendido que la recepción de principios procesales en un código de fondo responde a la protección de un piso mínimo al que las jurisdicciones provinciales deberán ajustar sus normas de procedimiento y adecuación de las normas que contiene el CCyCN a la fuente normativa internacional, sin que por ello se altere, en principio, las reglas constitucionales de reserva provincial.<sup>1</sup> Así, el Capítulo I del Título VIII del CCyCN establece las disposiciones generales referidas al proceso de familia y, en particular, el artículo 706 enumera los

---

<sup>1</sup> Ameal, O.- Hernández, L. - Ugarte, L. (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*. Buenos Aires: Editorial Estudio, (pp. 820).

principios generales: tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. En lo que nos convoca, será conducente resaltar los principios de tutela judicial efectiva, intermediación y de oralidad, receptados en la redacción que el Anteproyecto destina al Proceso Simplificado, en el Capítulo 68. Si bien en el siguiente acápite se analizarán las características de este instituto, baste decir que, en conjunción también con el principio general de celeridad procesal, se prevé una audiencia principal, complementada eventualmente con otra si fuera necesario, como acto dirimente de las pretensiones de las partes en el que se fijará el objeto del proceso, se contestaran incidentes, excepciones procesales –que el anteproyecto, denomina oposiciones y las clasifica en excepciones, impedimentos y defensas– se producirá la prueba, se alegará y se resolverá en una misma oportunidad. De esta manera, se tiende a una optimización de la utilización de los tiempos compatible con el principio de concentración de actos en una misma diligencia judicial.

No es intención, por cuestiones de extensión y objeto del presente, ahondar en un estudio pormenorizado de estos principios de importancia mayúscula a la hora de pensar las modificaciones necesarias en una reforma del sistema de rito en materia de familia de la Provincia de Buenos Aires. Sobre la tutela judicial efectiva, Guahnon establece que, aunque el contenido del principio de la tutela judicial efectiva es sumamente difícil de precisar, importa desde ya, un imperativo con relación, por ejemplo, a la tutela judicial oportuna (es decir y sobre todo, a la garantía del plazo razonable), al acceso a la jurisdicción de personas en estado de vulnerabilidad, a la ejecución de las resoluciones judiciales o convenios y, sobre todo y en materia familia, a la atenuación de las formas procesales o simplificación de los trámites<sup>2</sup>. Por otro lado, el debido proceso “exige que los conflictos se solucionen en tiempo razonable con las debidas garantías para el demandado pero también con normas que no desalienten a quien recurre a la jurisdicción; esas normas deben adaptarse a las necesidades de cada caso valorando la urgencia de la petición, la situación de las partes y demás circunstancias”<sup>3</sup>. A mayor abundamiento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Fornerón”, estableció que “el derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable. La falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales”<sup>4</sup>.

Con respecto a la oralidad y la intermediación, baste recordar dos conclusiones generales del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal (Santiago del Estero, 2017): (1) En la

---

<sup>2</sup> Guahnon, S. (2017). Principios y caracteres diferenciados de los procesos de familia. *Jurisprudencia Argentina* (2017-1) (pp. 1229).

<sup>3</sup> Arazi, R. (2010). Flexibilización de los principios procesales. *Revista de Derecho Procesal Rubinzal Culzoni* (Número extraordinario conmemorativo del Bicentenario) (pp. 111).

<sup>4</sup> CIDH, *Fornerón e hija vs. Argentina*, 27/04/2012, pto 66.

Comisión Civil sobre Incidencia del Código Civil y Comercial de la Nación en los Códigos Procesales Civiles y Comerciales de la República, se concluyó favorablemente al respecto de “la adopción, en materia civil, comercial, laboral y de familia, de un sistema de oralidad dentro de la estructura de un proceso por audiencias con intermediación, gestión de las audiencias por el juez y registro audiovisual de las audiencias de prueba”<sup>5</sup>; (2) en la Comisión Civil, sobre El rol del Juez en la Actualidad, también se estableció la necesidad de “jueces presentes en el Juzgado, cercanos con el conflicto, inmersos en la actividad probatoria, que se capaciten permanentemente y con experiencia social compartida”.<sup>6</sup>

Otra arista establecida en el artículo 706 referida a la resolución pacífica de conflictos (inc. a) encuentra su reafirmación, no solo durante la etapa previa<sup>7</sup>, sino en el marco de la audiencia principal, ocasión en la cual el juez o la jueza deberá procurar arribar a una conciliación total o parcial entre las pretensiones de las partes (artículo 527<sup>8</sup> del Anteproyecto).

### **El proceso simplificado en el Anteproyecto**

El Capítulo 68 del Anteproyecto regula el proceso simplificado, una herramienta novedosa para la realización de pretensiones de menor cuantía o en los que, en razón de la materia, resulte adecuada la flexibilización de las formas y los tiempos para arribar de manera anticipada y expedita a una conclusión. Ello en correlato con uno de los principios que rigen el Anteproyecto cual es el de la duración razonable del proceso.

Ahora bien, estrictamente en materia de familia, se aplicará el proceso simplificado para autorizaciones para contraer matrimonio, oposición a la celebración del matrimonio, autorizaciones para salir del país, petición para conocer los orígenes en el caso de personas nacidas mediante técnicas de reproducción humana asistida, controversias entre consentimiento de la persona progenitora adolescente en los actos que requieren asentimiento de sus progenitores, autorizaciones para ejercer actos jurídicos que no tengan prevista un trámite especial, alimentos extraordinarios, y en las autorizaciones supletorias en materia de bienes en los matrimonios y en las uniones convivenciales (artículo 517, incisos 2 g), 2 i) y 3 b) ii))<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> Conclusión 3 de la Comisión presidida por el Dr. Efraín Quevedo Mendoza.

<sup>6</sup> Conclusión 2 de la Comisión presidida por el Dr. Carlos Ponce.

<sup>7</sup> Ver Sección 70.1 del Capítulo 70 de la Parte 2 IV del Anteproyecto.

<sup>8</sup> Art. 527, inc. 3) Oídas las pretensiones de las partes, la jueza o juez procurará una conciliación total o parcial del conflicto. Fracasado tal intento, procederá a fijar el objeto del proceso y de la prueba, rechazando la que resulte inadmisibles o impertinente.

<sup>9</sup> Artículo 517. Ámbito de aplicación. El proceso aquí establecido se aplica en supuestos en razón del monto, de la materia y de opción de la parte actora(...)

2) En razón de la materia, con independencia del monto reclamado, en los procesos: (...) g) De autorizaciones para contraer matrimonio, oposición a la celebración del matrimonio, autorizaciones para salir del país, petición para conocer los orígenes en el caso de personas nacidas mediante técnicas de reproducción humana asistida, controversias entre consentimiento de la persona progenitora adolescente en los actos que requieren asentimiento de sus progenitores, y autorizaciones para ejercer actos jurídicos

Una de las principales innovaciones que trae este proceso es la presentación de demanda y contestación a través de formularios, las cuales deberán ser fundadas de forma oral en la audiencia principal, abonando la presencialidad e inmediación del trámite. El traslado a la otra parte es de cinco días.

En otro sentido, la prueba pasible de ser producida en estos procesos se limita a la documental, la declaración de parte, testimonial e informativa, excluyendo la prueba de reconocimiento judicial y la pericial que, habiendo sido ofrecida, en caso de entender la jueza o juez que resultan de imprescindible producción, deberá asignarse un nuevo proceso. Sin perjuicio de ello, en materia de familia, el Anteproyecto reconoce la intervención del equipo técnico interdisciplinario no solo a través de su participación en la audiencia principal sino admitiendo la presentación de una opinión técnica. La promoción de estas medidas también es correlato del artículo 706, inc. b del CCyCN.

Como se mencionó arriba, el centro del proceso simplificado radica en una única audiencia principal<sup>10</sup> fijada en un plazo no mayor a los 40 días desde la providencia que da aviso a la contraria o cite a terceras personas en la que se fundan las pretensiones de las partes, se dirimen las cuestiones incidentales, excepciones e impedimentos procesales, se ordena y se produce la prueba ofrecida, se presentan alegatos y se resuelve. La decisión resulta apelable de manera restringida.

De esta manera, el Anteproyecto establece específicamente la inclusión en este proceso simplificado de los procesos vinculados a las autorizaciones para contraer matrimonio, para salir del país y las supletorias en materia de bienes del matrimonio o unión convivencial.

### **Autorizaciones en la legislación provincial comparada**

A diferencia de otras normas procesales provinciales en materia de familia, el Anteproyecto no legisla de manera autónoma los procesos de autorizaciones, sino que subsume, como hemos visto, su tratamiento al de los procesos simplificados. Esto, a priori, podría significar un ánimo tendiente a disminuir la creación de procesos especiales para cada tipo de pretensión judicial, sistematizando y aunando una serie de causas que, aún teniendo objetos distintos, son susceptibles de legislarse de manera análoga. En ese caso, se prescinde de previsiones especiales, que pueden encontrarse en la legislación comparada, en cada una de las autorizaciones, como pueden ser

---

que no tengan prevista un trámite especial(...) i) De alimentos extraordinarios (...) 3) A opción de la parte actora: b) En los siguientes procesos, incluso con sumas mayores o iguales a 12 salarios mínimos vitales y móviles: (...) (ii) En las autorizaciones supletorias en materia de bienes en los matrimonios y en las uniones convivenciales.

<sup>10</sup> Siempre que no se difiera la producción de prueba en una audiencia complementaria, que deberá ser convocada en la audiencia principal para dentro de los 30 días siguientes.



disposiciones en materia legitimación, obligatoriedad de la intervención de los equipos interdisciplinarios o propias de cada proceso (por ejemplo, el mecanismo a adoptar ante el desconocimiento del domicilio de los progenitores o progenitoras en el proceso de autorización para salir del país).

Sin hacer distinción entre normativa vigente y proyectada, se analizarán aquí el Anteproyecto de Código Procesal de Familia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Código Procesal de Niñez, Adolescencia y Familia de Chaco, el proyecto de Código Procesal, Civil, Comercial y de Familia de Chubut, la Ley Procesal de Familia de Entre Ríos, el Código Procesal de Familia y Violencia Familiar de Mendoza, el Código Procesal Civil, Comercial, de Familia y Violencia Familiar de Misiones y el Código Procesal de Familia de Río Negro.

### **Autorizaciones para contraer matrimonio**

Analizando el tratamiento de las autorizaciones para contraer matrimonio o para los juicios de disenso, la mayoría de la legislación comparada vigente y proyectada que brindan una legislación específica establecen eminentemente la oralidad. El Anteproyecto de Código Procesal de Familia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Ley Procesal de Familia de Entre Ríos establecen, para el caso de oposición de los/as progenitores/as el traslado de la petición por cinco días, de manera análoga al tratamiento en el Anteproyecto.

Por otro lado, el proceso simplificado que prevé el Anteproyecto coincide con dicha legislación, así como con la de Misiones, en relación a la celebración de una única audiencia. Sin embargo, en el caso de Entre Ríos, el dictado de la sentencia se difiere a los siguientes cinco días, mientras que en el Anteproyecto se prevé que la decisión se adopta en la audiencia y que la sentencia deberá dictarse en un plazo posterior de diez días<sup>11</sup>. En los tres ordenamientos se establece un plazo de cinco días para interponer la apelación. Asimismo, tanto el Anteproyecto de la CABA como el de Chubut, siguiendo lo establecido en la norma entrerriana, establecen la obligatoriedad del dictamen del equipo interdisciplinario.

### **Autorizaciones para salir del país**

En relación con las autorizaciones a niños, niñas y adolescentes para salir del país, a excepción de la ley rionegrina, las pretensiones y oposiciones se dirimen en una audiencia sin traslado previo de la demanda a la otra parte. Es decir, el Anteproyecto se asemeja más a la ley rionegrina que establece el traslado por el plazo de cinco días<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Artículo 530. Sentencia. La decisión sobre la procedencia de la demanda, con la expresión sucinta de sus motivos y alcance, se dictará oralmente en el acto de la audiencia. Esta expresión de la decisión no funda la sentencia ni se encuentra sujeta a recurso alguno.

La sentencia, en los términos del artículo 485 se dictará en el plazo de 10 días.

<sup>12</sup> Artículo 110 del Código Procesal de Familia de Río Negro.

También hay coincidencia en todos los ordenamientos reseñados en la celebración de una audiencia, con la posibilidad, de considerarlo necesario, de producir prueba complementaria en un plazo que no supera los cinco días, excepto en los casos de la CABA y Entre Ríos, que es de diez. En casi todas las legislaciones se establece que el juez o jueza pueden resolver en el acto, se exceptúa el caso de Mendoza que establece que esta debe realizarse “inmediatamente” previa vista al Ministerio Pupilar, en un plazo no superior a cinco días<sup>13</sup>. Río Negro, por su parte, establece que se puede resolver finalizada la audiencia con la posibilidad de fundamentar la sentencia en los siguientes siete días, asemejando la solución que prevé el Anteproyecto, aunque, como decíamos, con diez días para hacerlo. Con respecto a la apelación, la normativa de CABA, Chaco, Entre Ríos y Río Negro establece un plazo de interposición de 48 horas, aunque esta última prevé la concesión con efecto devolutivo a menos que la medida implique el cambio en la radicación del niño, niña o adolescente<sup>14</sup>. En definitiva, el Anteproyecto establece un plazo superior a la corriente en el derecho provincial comparado.

### **Autorizaciones supletorias en materia de bienes**

Finalmente, en materia de autorizaciones relativas a peticiones patrimoniales del matrimonio o unión convivencial, CABA, Entre Ríos y Mendoza establecen mecanismos similares a los proyectados en la Provincia de Buenos Aires, remitiendo a otros procesos (el juicio extraordinario en el caso de CABA, proceso abreviado en Entre Ríos y Mendoza). Se encuentra únicamente, una diferencia en el plazo de apelación en el caso mendocino, que lo fija en tres días, a diferencia de los cinco proyectados.

### **Conclusión**

La decisión legislativa de crear un proceso simplificado aplicable de manera indistinta a diferentes situaciones importa un reconocimiento de la necesidad de flexibilizar y facilitar la labor judicial resultando en un mejor servicio de justicia para los y las personas que deban litigar en la provincia. En materia de autorizaciones familiares, la falta de especialidad en cada régimen no es óbice para un tratamiento respetuoso de los principios generales de raigambre constitucional, convencional y legal toda vez que su tratamiento es suficientemente flexible para abordar las posibles situaciones de conflicto.

Asimismo, el Anteproyecto establece propios principios que deberán funcionar como mandatos de optimización al respecto de los cuales debe tamizarse todo proceso. Tanto es así que el mismo Anteproyecto establece que la aplicación estricta de alguna de las normas formales puede ceder frente al conflicto con uno de sus principios, entre los cuales se destacan el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, la igualdad y la perspectiva de géneros.

---

<sup>13</sup> Artículo 140 del Código Procesal de Familia y Violencia Familiar de Mendoza

<sup>14</sup> Artículo 113 del Código Procesal de Familia de Río Negro.

# UN NUEVO PROCEDIMIENTO A SEIS AÑOS DEL DIVORCIO INCAUSADO

*Natalia Kerszberg (UBA)*

## **El Proceso de Familia**

Las transformaciones familiares, en ocasiones generan crisis y conflictos que requieren del auxilio de la Justicia. Muchos de estos casos, no se resuelven dando la razón a uno y culpando al otro, sino apuntando a que la misma familia encuentre un nuevo orden en su estructura, intentando prevenir otros conflictos latentes.<sup>1</sup>

La especificidad del derecho de familia, requiere un procedimiento especial, o bien, leyes de procedimiento concretas para el tratamiento de estos pleitos.

En varias oportunidades se proyectaron códigos de procedimiento exclusivos para cuestiones de familia, en búsqueda de un abordaje prudente de sus litigios, encarados a eliminar del imaginario de los judiciables que la intervención judicial escalará la conflictividad o convertirá esa transformación familiar en una guerra entre sus integrantes<sup>2</sup>.

El proceso es el medio para el cumplimiento de las normas sustanciales de fondo. A partir de la vigencia del Código Civil y Comercial y la incorporación legal de los principios generales del proceso de familia, varias provincias sancionaron instrumentos procesales adecuados a estos contenidos. Otras, cuentan con iniciativas y proyectos a estos efectos.

---

<sup>1</sup>Kemelmajer de Carlucci, A. (1993). Principios procesales y tribunales de familia. *Jurisprudencia Argentina*, T IV, (pp. 676).

<sup>2</sup> 100 reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de personas en condición de vulnerabilidad, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008.

La Provincia de Buenos Aires elaboró un Anteproyecto de Código Procesal de Familias, Civil y Comercial, que incluye dentro de sus normas, procedimientos específicos para los asuntos judiciales del derecho de familia. El divorcio, es uno de los temas regulados, proponiéndose un tratamiento especial y encuadrándolo dentro de una de las nuevas estructuras procesales proyectadas: el proceso de estructura monitoria.

### **El divorcio incausado**

Los fundamentos del divorcio incausado, incorporado por el Código Civil y Comercial vigente desde hace casi 6 años en nuestro país, tuvieron como norte la reivindicación de la autonomía de las personas al decidir romper un vínculo matrimonial.

Es sabido que para contraer matrimonio, es necesario el consentimiento de ambos contrayentes. Para mantenerse casado, es también necesaria la voluntad de ambos cónyuges. Es decir, que cuando uno de los dos ya no desea continuar ese vínculo, puede elegir disolverlo, sin necesidad de consenso con el otro.

La misma ley de fondo, estableció en sus artículos 437 y 438 un procedimiento en base al cual tramitarán los juicios de divorcio, ya sean iniciados por ambas partes en conjunto, o sólo a instancia de una de ellas.

Dispone esta norma, para casos de procesos bilaterales –los iniciados por ambos peticionantes–, la necesidad de presentar un convenio regulador de los efectos de la disolución matrimonial (atribución de la vivienda, régimen de cuidado y comunicación de los hijos, prestación alimentaria, compensación económica, modo de partición de la comunidad de gananciales si los hubiera, etc.).

En relación a los divorcios unilaterales –los iniciados por una sola de las partes– existe la obligación de acompañar a la petición, una propuesta reguladora de estos efectos. De esta propuesta, se corre traslado a fin de que el otro cónyuge pueda observarla y presentar una distinta.

Establece también el Código de fondo, que las propuestas deben ser evaluadas por el juez, debiendo convocar a las partes a una audiencia para trabajar en un consenso. Aclara asimismo, que ningún desacuerdo suspendería el dictado de la sentencia de divorcio.

De este modo, se mantiene el principio de autonomía en relación a la voluntad en la decisión de continuar casados o disolver el vínculo, independientemente de las cuestiones en discusión sobre los efectos del divorcio, que en caso de desacuerdo, serán resueltas por la vía judicial oportuna.

El Código Civil y Comercial, nos ha dado estas pautas para el procedimiento de divorcio, dejando un abanico de interpretaciones y formas de trabajo que fueron adoptándose en cada jurisdicción en estos últimos 5 años.

En la práctica, algunos jueces fijan la audiencia del art. 438 previo al dictado de la sentencia, otros la difieren para después, y en algunos casos, directamente no la disponen. Algunas sentencias, hacen hincapié en la fecha exacta de extinción de la comunidad de gananciales –si la hubiera–, o utilizan el marco de ese proceso para su discusión y determinación, mientras otras, dejan esta cuestión pendiente para el momento de su liquidación.

El divorcio incausado trajo beneficios para los individuos y para su paz familiar, teniendo en cuenta las inconveniencias y daños que originaba la ventilación de cuestiones privadas de la pareja y su pretensión de culpabilidad por ello. Podemos decir que la simplificación de los procesos de divorcio, también fue beneficiosa para el trabajo de los tribunales, debido a la reducción de aquellos pleitos que duraban años, en los que las partes insistían en probar infidelidades y reprocharse las conductas matrimoniales que los habían llevado a su separación. Sin dudas, estas cuestiones, lejos de ser judiciales y aportar beneficios a los derechos de las personas, sólo generaban dispendios jurisdiccionales y cúmulos de trabajo en tribunales de familia<sup>3</sup>.

Sin embargo, a pesar de la derogación de estos pleitos de achaques y reproches de pareja, la práctica nos ha demostrado en estos casi seis años, que esas cuestiones terminan igualmente discutiéndose en otros marcos, o en otros expedientes. Advertimos que tanto las partes como los letrados, suelen encontrar la forma para introducir cuestiones ajenas a los objetos puntuales de cada proceso, con intenciones de reivindicarse, de culpar –o lastimar– al otro, o de pretender demostrar ante la autoridad judicial, quién fue la víctima y quién fue el culpable de la ruptura.

### **La oportunidad en la redacción de un Nuevo Código de Procedimiento en la Provincia de Buenos Aires**

El Anteproyecto del Código Procesal de Familias, Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, incorpora nuevos tipos de procesos que se apartan del modelo estándar de juicios ordinarios, sumarios y sumarísimos.

Propone nuevos mecanismos procesales, para responder a cuestiones de derecho particulares que requieren de un tratamiento o respuesta específica, ponderando los derechos en juego, garantías procesales de defensa en juicio y medios para lograr una resolución pronta y pacífica del conflicto que involucra a la familia. Así, se invita a

---

<sup>3</sup> Pellegrini, M. V. (2016). Primeros pasos de la Aplicación del Proceso de Divorcio del Código Civil y Comercial. *Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia* de Abeledo Perrot. (nro. 73) (p.45)

considerar la incorporación de nuevos tipos procesales: los simplificados y los monitorios.

En asuntos de familia, donde suelen abundar los procedimientos especiales –muchos de ellos dependientes de normativas del Código de fondo–, es frecuente la diversidad de criterios sobre plazos, requisitos en las peticiones, de las audiencias y efectos de sus resoluciones. La proyección de un nuevo Código Procesal, resulta una buena oportunidad para intentar la inserción de todos estos procedimientos especiales que son regulados en forma aislada, en estructuras más sólidas, brindando así mayor seguridad jurídica sin depender de criterios de los tribunales de distintas jurisdicciones o interpretación de las normas de fondo que incluyeron reglamentaciones procesales en forma genérica.

Así se proyecta la estructura monitoria para el encuadre de aquellas acciones en las que por su naturaleza el derecho aparece fundado desde el inicio y no requerirían previa sustanciación para el dictado de su sentencia. Bajo este procedimiento, se proyectó la regulación del divorcio con sus características de proceso especial, ya sea por presentación conjunta, o individual.

#### **La Estructura Monitoria para el Proceso de Divorcio**

El tipo de procedimiento monitorio, se proyecta para aquellos casos en los que con el mero título que funde la acción –en el supuesto del divorcio sería el acta de matrimonio válida–, quede sin más, habilitada la vía para el dictado de la sentencia que se solicita.

Siendo que se propone esta estructura para otros juicios que prosperan con su sólo título justificativo –como los desalojos, cancelaciones de gravámenes, juicios de escrituración, etc.– se aprovecha esta nueva forma de procedimiento, también para incluir a los procesos de divorcio, teniendo en cuenta que, como bien indica el art. 438 del Código Civil y Comercial, ningún desacuerdo entre las partes impide el dictado de la sentencia.

A estos efectos, se ha propuesto un procedimiento especial para los juicios de divorcio, encuadrándolos dentro de la estructura monitoria, agregando que además de acompañar el acta de matrimonio para acreditar los vínculos –que operaría como el instrumento en el que se funda la acción– se exigiría la incorporación del convenio o propuesta reguladora de los efectos del divorcio, su documental respaldatoria, así como también, la indicación de la fecha de separación de hecho, si es que esta precedió al inicio del pleito.

Establece el proyecto, que presentada la petición, se dictará sin más trámite la sentencia monitoria en los términos del art. 779 proyectado.

No habría inconveniente en supuestos de presentación conjunta del divorcio, en los que exista consenso entre las partes, ya que en estos casos, ambas partes estarían reconociendo la validez del matrimonio, consintiendo la petición de divorcio y los términos del convenio regulador cuya homologación pondrá fin y archivo al expediente. Solo se convocaría a audiencia en este caso, si a pesar de haber iniciado el divorcio en forma conjunta, existieran desacuerdos en relación a las propuestas que regulen los efectos del divorcio. Indica el anteproyecto en este sentido, que *se convocará a una audiencia a los fines de intentar la solución consensuada de aquellos aspectos que no hayan sido previamente acordados*. Es decir que si no hubiera cuestiones pendientes de acuerdo, esta audiencia no sería necesariamente convocada.

En cambio, cuando la petición fuera promovida por uno sólo de los cónyuges, el anteproyecto propone que previo control del cumplimiento de los recaudos legales, se dicte sentencia de divorcio. Una vez recaída ésta, se la notificará a la otra parte, junto con el traslado de la propuesta reguladora –al que el proyecto refiere como aviso– por un plazo que establecerá el juez y que no podrá exceder los 15 días. Aquí podemos observar, que el término utilizado por el art. 641 proyectado, si bien refiere a un aviso o notificación, representa según el espíritu de la norma un verdadero traslado de la propuesta, dando la posibilidad a quien se le confiere, que pueda evacuarlo e incluso, efectuar otra propuesta.

Esta notificación contendrá dos cuestiones: por un lado, la notificación de la sentencia de divorcio, ya dictada con anterioridad. Por otro, el traslado de la propuesta reguladora de sus efectos.

### **La sustanciación y principio de bilateralidad en el divorcio proyectado**

Los artículos 639 y 641 proyectados, refleja que la única sustanciación posible en este proceso, será respecto de los efectos del divorcio contenidos en la propuesta reguladora, pero no la petición de divorcio en sí, y tampoco la sentencia, cuya oposición queda sujeta a las disposiciones generales en materia de procesos monitorios.

Indica esta norma, que la oposición a la resolución monitoria es el modo previsto para cuestionar la procedencia de la pretensión –en este caso la petición de divorcio–, para evitar que la sentencia adquiera firmeza.

El anteproyecto prevé trámites diferenciados para la introducción de excepciones previas, reconvenición por nulidad matrimonial u otro tipo de defensa que se opongan en esta instancia. La bilateralidad en el divorcio nos retrotrae a una discusión, en la que ya con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial se cuestionaba por qué, al ser la petición de divorcio inoponible al cónyuge requerido en torno al pedido de divorcio per se, se difería su sentencia a la notificación de la petición, traslado de la propuesta reguladora y celebración de audiencia en los términos del art. 438 de la norma de fondo.

Parte de la doctrina procesalista, sumado a algunos precedentes jurisprudenciales, consideraron necesaria la sustanciación previa de la petición, a partir del principio de bilateralidad de los procedimientos y los eventuales planteos de nulidad o inexistencia del matrimonio frente a una solicitud de divorcio<sup>4</sup>.

Asimismo, y a pesar del carácter voluntario de este proceso, podrían existir también excepciones procesales, como la litispendencia, incompetencia o cosa juzgada de la petición.<sup>5</sup>

La realidad es que sin perjuicio de la falta de posibilidad de contienda en cuanto a la pretensión, una sentencia de divorcio sí genera efectos jurídicos relevantes en el estado civil y patrimonial de las partes, así como también, el empleo de presunciones respecto de la filiación de los hijos. Por ello, se debe actuar con cautela al dictar una resolución de estas características, como bien se prevé el Anteproyecto.

Por ejemplo, si el matrimonio hubiera sido nulo o inexistente, o si existiera cosa juzgada o litispendencia con otro proceso y aún así se dictara una sentencia de divorcio por no haber permitido al requerido ejercer la correspondiente defensa en alguno de estos sentidos, podría generar efectos no ajustados a derecho, como la posibilidad de un reclamo de compensación económica –con el respectivo plazo de caducidad que estaría comenzando a correr– o liquidación de una comunidad de gananciales, que quizás nunca existió.

Estas eventuales situaciones, que pueden resultar no muy frecuentes en la práctica, sí generarían perjuicios en alguna de las partes por la falta de sustanciación de la petición de divorcio. El traslado previo de la petición previsto en la mayoría de las jurisdicciones, garantiza este principio de bilateralidad sin ocasionar perjuicio alguno en el dictado de la sentencia y en la autonomía de las partes para obtener su divorcio, luego de trasladada la petición. La estructura monitoria también aporta a mantener la bilateralidad, modificando únicamente el orden del curso procesal habitual, estableciendo así la sustanciación una vez decretado el divorcio y dejando sujeto la firmeza del mismo, hasta tanto se cumplan los respectivos plazos sin oposición alguna.

### **La sentencia monitoria**

La particularidad de esta sentencia monitoria de divorcio, es que invierte el orden del proceso, difiriendo su firmeza a un traslado posterior, que podría derivar en una eventual oposición.

---

<sup>4</sup> Kielmanovich, J. L. (2017). *Una vez más sobre la Naturaleza del Proceso de Divorcio*, RECUPERADO DE AR/DOC/2284/2017

<sup>5</sup> Veloso, S. (2016). Reflexiones sobre El Proceso de Divorcio, RCCyC, Abril, (pp. 99)



El Anteproyecto apunta a un equilibrio entre la reivindicación de la autonomía, celeridad en el divorcio y respeto de la bilateralidad y derecho a defensa que debe estar presente en cualquier proceso judicial. Acreditados los requisitos de procedencia –acta de matrimonio válida, propuesta reguladora de los efectos y consignación de fecha de separación de hecho–, se dictará la sentencia que decrete el divorcio sin haber oído a ambas partes, notificándose esta juntamente con la propuesta reguladora y difiriendo su firmeza, hasta tanto se cumplan los plazos previstos para la oposición, regulados en las normas generales del proceso monitorio.

Contestado o vencido el plazo del traslado de la propuesta, se citará a las partes a la audiencia prevista en caso de desacuerdo entre ellos respecto de las propuestas reguladoras. En caso de acuerdo, este se homologará, y si hubiera desacuerdo, las partes podrán ocurrir por las vías jurisdiccionales correspondientes, para el inicio de las acciones que consideren para la resolución de cada uno de estos efectos.

#### **La propuesta individual y el silencio del requerido**

La novedad proyectada en el art. 643 refiere a los casos en los que el requerido, no conteste el traslado conferido respecto de la propuesta reguladora, o bien, siquiera se presente a estar a derecho una vez notificado de la sentencia de divorcio.

En estos supuestos, vencido el plazo, se lo citará al tribunal a fin de informarle nuevamente los puntos centrales de la propuesta efectuada por su contraparte –a pesar de haber sido esta ya notificada, conforme los parámetros del art. 641 Proyectoado– e intimarla nuevamente a que presente su propia propuesta dentro de los 5 días de este encuentro. Se le otorga así al requerido, una última oportunidad para estar a derecho, entendiéndose en este sentido, que el plazo que se disponga en el traslado previsto en el art. 641, no tendrá naturaleza perentoria.

Lo más novedoso, es el apercibimiento previsto para caso de incomparecencia a este encuentro. En estos casos, el juez tendrá la facultad de resolver provisoriamente respecto de las cuestiones más urgentes propuestas para la regulación de divorcio, como por ejemplo, la atribución del hogar, cuidado de los hijos y régimen de alimentos.

El espíritu de este apercibimiento propuesto en el art. 643 del Código proyectado, es motivar a las partes a presentarse a estar a derecho, a realizar propuestas reguladoras y a evitar aquellas pretensiones infundadas o el silencio de quien la recibe.

Solemos ver en la práctica, los efectos procesales de esta certeza que creen tener los individuos sobre el inminente dictado de la sentencia de divorcio y la falta de

consecuencias de no presentarse a estar a derecho o realizar propuestas útiles de sus efectos, dejando sin más, que se dicte sentencia por el silencio guardado.

Esta idea del dictado de la sentencia de divorcio, genera en muchas ocasiones el desinterés de las partes en trabajar en un consenso sobre sus efectos, de acudir a un profesional que los asista y de presentarse en el expediente, al menos para participar y conocer los alcances del divorcio. Todo ello, sin mayores consecuencias jurídicas, dado que es sabido, que el divorcio será decretado de todas formas.

Este comportamiento desincentiva el trabajo en la conciliación, el respeto por el procedimiento judicial y acumula el cúmulo de trabajo de los tribunales con nuevas incidencias sobre los efectos respecto de los que ni siquiera se intentó trabajar en un acuerdo.

Si bien suele haber un arduo trabajo de partes y letrados antes de arribar a un divorcio por presentación conjunta –incluso con previa intervención jurisdiccional–, este no siempre es advertido por los tribunales, al percibir la simplicidad del trámite procesal. En cambio, sí se advierte la complejidad de los procesos contradictorios que suceden a un divorcio promovido en forma unilateral, en el que las partes, a veces ni siquiera intentan arribar a un acuerdo.

La facultad del juez de resolver provisoriamente respecto de algunas cuestiones contenidas en la propuesta, como método de apercibimiento por la incomparecencia del otro, no solo actúa como mecanismo de incentivo a estar a derecho, trabajar en un acuerdo, sino también garantiza que ciertos temas elementales, urgentes y asistenciales –sobre todos las relativas a los hijos menores de edad, como alimentos, cuidado y régimen de comunicación– que en muchas ocasiones no admiten demora, queden resguardadas, asegurando la presencia del principio de tutela judicial efectiva, consagrada en el art 706 del Código Civil y Comercial.

Por ello, entiendo que la naturaleza de esta resolución provisoria, podría encuadrar dentro de las medidas provisionales respecto de las personas, previstas en el art. 721 del Código Civil y Comercial.

De este modo, existiría cierta oficiosidad y celeridad en las cuestiones necesarias de resolución urgente, con la acreditación sumaria de los elementos que hagan al derecho del peticionante, sin descuidar la bilateralidad ni el derecho de defensa en juicio, dado que previamente se ha sustanciado la propuesta reguladora, fijándose también un encuentro entre el requerido y el tribunal para el análisis y de los efectos.

## **Recursos contra la sentencia de divorcio y resoluciones provisorias respecto de sus efectos**

En cuanto a los recursos contra las distintas resoluciones que acaecen en este proceso, el proyecto únicamente prevé la posibilidad de recurrir la resolución que homologue el convenio regulador. La sentencia que decreta el divorcio es inapelable.

Resultaría extraño en la práctica y contrario a la teoría de los actos propios, que habiendo llegado a un acuerdo en forma conjunta, habiendo solicitado las partes su homologación y existiendo un dictamen favorable del Defensor de Menores en este sentido, en lugar de consentir esta homologación peticionada, alguien decida recurrirla. De todos modos, dispone la norma proyectada que si esta homologación causara gravamen, sí podría ser recurrida.

Si bien la norma no lo indica, la resolución provisoria que regule los efectos del divorcio conforme al apercibimiento del art. 643, debiera ser apelable con el mismo efecto devolutivo que el régimen previsto para las medidas cautelares.

## **Conclusiones**

Si bien en el marco procesal solemos ver al divorcio como un proceso rápido y sin mayores complicaciones, para los individuos involucrados, sí tiene un valor simbólico enorme que debe ser respetado con este espíritu que hay detrás de los procedimientos de familia, apuntando a la humanización del derecho, reestructuración familiar y prevención de conflictos sobrevinientes<sup>6</sup>.

Las normas claras en cuanto al trámite que prevé el Anteproyecto, sin dudas aportarán a un esclarecimiento de las lagunas que ha dejado el Código de fondo e incentivará al trabajo conciliatorio de las partes. El Anteproyecto incorpora cuestiones de mucha utilidad –como el apercibimiento en caso de silencio del requerido– y la segunda posibilidad de comparecer a estar a derecho en el juicio.

También, deja algunas cuestiones sin resolver, como la falta de precisión sobre una posible controversia respecto de la fecha de separación de hecho. Teniendo en cuenta que su determinación podría tener efectos en el ámbito patrimonial, como también en posibles presunciones respecto de la filiación de los hijos, sin perjuicio de la mera declaración de cada una de las partes en el proceso de divorcio, creo importante la creación de un trámite específico, en el que por vía incidental, luego del dictado de la sentencia de divorcio, se pueda resolver esta cuestión, con la correspondiente instancia probatoria.

---

<sup>6</sup> Lloveras N., Orlandi O. - Faraoni F. (2016) El Proceso de Divorcio en el Código Civil y Comercial de la Nación. Comentario de Herrera Marisa. *Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia* (nro. 77) (p. 81).

A pesar de estas cuestiones mencionadas, considero que resulta preferible regular el proceso específico, en lugar de no regularlo y dejarlo a discrecionalidad de cada jurisdicción.

Considero que la posibilidad de crear un nuevo Código Procesal de Familias Civil y Comercial que rija en la Provincia, es una gran oportunidad para regular aquellas cuestiones del derecho de familia, cuya falta de criterios procesales unificados podían llegar a generar falta de seguridad jurídica y así también, inestabilidad en el proceso de transformación familiar.

# COMPULSIVIDAD DE LA PRUEBA GENÉTICA EN LOS PROCESOS DE FILIACIÓN

*María Victoria Famá (UBA)*

## **Compulsividad de la prueba genética y la influencia de la jurisprudencia penal**

El artículo 552 del Anteproyecto de Código Procesal de Familias, Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires se ocupa de diseñar pautas concretas para aportar celeridad a los procesos de filiación, con especial énfasis en la prueba genética, prueba por excelencia para dilucidar el objeto de estas acciones.

En este sentido, se prevé que ante la injustificada inasistencia, resistencia o falta de colaboración de las personas convocadas a la prueba genética y la ausencia de otros medios probatorios que provean igual certeza, se podrá ordenar la realización compulsiva del examen, el que deberá practicarse del modo menos lesivo, procurando, en la medida de lo posible, que la obtención del material genético se realice por medios distintos a la inspección corporal.

La postura favorable a la obligatoriedad de las pruebas genéticas en el campo de la filiación fue ganando terreno en la doctrina a la luz de los avances que marcó la jurisprudencia penal en resguardo del derecho a la verdad y del derecho a la identidad, con motivo de la supresión del estado civil de los hijos de los desaparecidos en la dictadura militar de 1976-1983.

El fallo que desató el debate fue el precedente “Muller”, dictado por el Alto Tribunal con fecha 13/11/1990<sup>1</sup>, tras una resolución de Cámara que había ordenado la extracción de sangre a un niño que convivía con sus progenitores adoptivos, en una causa en la que se investigaba la falsedad ideológica de un documento de identidad que se encontraba en poder de quien invocaba ser su abuelo. Por mayoría, el Tribunal consideró que la extracción compulsiva de muestras derivaría en una lesión a la integridad física del niño y adujo que tal compulsividad carecía de respaldo legal que la legitimase.

---

<sup>1</sup> CSJN, *M., J.*, 13/11/1990,

El 04/12/1995, en la causa “H. G. S. y otro”<sup>2</sup> la Corte Suprema, por mayoría, decidió que “La realización de la prueba de histocompatibilidad –cuando está en juego la identidad de un menor– no afecta derechos fundamentales como la vida, la salud, o la integridad corporal, porque la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen”.<sup>3</sup>

Cuando se creía que quedaba consolidada la constitucionalidad de la compulsividad de las pruebas hematológicas en el campo penal, el caso “Vázquez Ferrá”, resuelto por la Corte Suprema el 30/09/2003<sup>4</sup>, volvió a colocar sobre el escenario la antigua polémica, en tanto avaló la negativa de una hija de desaparecidos a realizarse la prueba en resguardo de su libertad de intimidad.<sup>5</sup>

A este fallo le sucedieron otros que, alegando variación de las circunstancias fácticas, se apartaron del precedente de la Corte.<sup>6</sup> Entre ellos, algunos ordenaron la sustracción compulsiva de muestras para la realización del examen genético, y otros, esbozaron una postura “intermedia” que dejó de lado la coerción física y se inclinó por la obtención forzosa de tales muestras a partir del secuestro de algún elemento personal del requerido mediante el allanamiento de su domicilio.<sup>7</sup>

Esta última tendencia jurisprudencial fue recogida por el Máximo Tribunal en el fallo “G. R. de P., E. E. y otros s/ sustracción de menores de 10 años”, del 11/08/2009<sup>8</sup>, en el cual, por unanimidad, se descartó la inconstitucionalidad de la realización de la prueba genética con muestras de ADN extraídas de los efectos personales secuestrados en el domicilio del nieto alegado, tras la orden de allanamiento. Dentro de la composición de los votos, merece destacarse el de Highton y Maqueda, quienes subrayaron la proporcionalidad de la medida en tanto “resulta propia del proceso de investigación

---

<sup>2</sup> CSJN, *H. G. S. y otro*, 04/12/1995, Jurisprudencia Argentina 1996-III-436.

<sup>3</sup> En idéntico sentido ver CSJN, *Guarino, Mirta L.*, 27/12/1996, Fallos 319:3375.

<sup>4</sup> CSJN, *Vázquez Ferrá, Evelyn K. s/incidente de apelación*, 30/09/2003, Jurisprudencia Argentina 2003-IV-436.

<sup>5</sup> En el caso, la producción de dicha prueba no era imprescindible en el proceso penal para investigar el delito cometido por los apropiadores, puesto que los procesados ya habían confesado su participación.

<sup>6</sup> La gran diferencia entre estos fallos y su precedente es que la prueba pericial era la única vía para verificar o descartar las sustracciones denunciadas y la única conducente para individualizar a los autores de los delitos. Ver C. Nac. Crim. y Corr. Fed., *V.*, *S. E.*, 14/07/2004, Revista Derecho de Familia, 2004-III, p. 9; C. Fed. San Martín, sala 2ª, *Barnes de Carlotto, Estela en representación de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo s/su denuncia*, 30/09/2004, AP 35000525 y LLBA 2004-185; C. Fed. San Martín, sala 2ª, *Barnes de Carlotto, Estela*, 29/09/2009, recuperado de: [www.abeledoperrot.com](http://www.abeledoperrot.com); etc. En contra de la obligatoriedad ver C. Nac. Crim. y Corr., sala 6ª, *C., A. M.*, 05/09/2008, recuperado de: [www.abeledoperrot.com](http://www.abeledoperrot.com).

<sup>7</sup> Ver Juzg. Crim. y Corr. 3a La Plata, *V. W., C. F.*, 31/8/2005, Recuperado de [www.abeledoperrot.com](http://www.abeledoperrot.com); C. Nac. Crim. y Corr. Fed., *P., G. G. s/apela realización de peritaje*, 14/11/2006, Recuperado de [elDial.com](http://elDial.com), 13/02/2007.

<sup>8</sup> Corte Sup., *G. R. de P., E. E. y otros s/ sustracción de menores de 10 años*, 11/08/2009, Jurisprudencia Argentina 21/10/2009.

penal, aparece como idónea para alcanzar la verdad material de los hechos investigados y porque, además, ni siquiera involucra acción alguna del apelante, en tanto las muestras a utilizarse en el examen de ADN han sido tomadas a partir de una recolección de rastros que si bien pertenecen a su cuerpo, al momento de incautarse, se hallaban desprendidos de él”.

La cuestión quedó zanjada tras la sanción de la ley 26.549, del 18/11/2009<sup>9</sup>, que incorporó como art. 218 bis del Código Procesal Penal de la Nación, la facultad de ordenar la obtención de ADN mediante la inspección corporal o el secuestro de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo del imputado o de otra persona – incluida la víctima–, cuando ello fuere necesario para su identificación o para la constatación de circunstancias de importancia para la investigación.

### **Tendencias doctrinarias y jurisprudenciales sobre la compulsividad en los procesos de filiación**

Los avances de la jurisprudencia y legislación penal han llevado a debatir acerca de la viabilidad de las pruebas compulsivas cuando está en juego la identidad de una persona en el marco de un proceso de filiación, ajeno a la investigación de un delito.

Esta posibilidad fue auspiciada por autores como Morello, Grosman, Arianna, Mizrahi, Lloveras y Salomón –entre otros- mediante fundamentos que pueden sintetizarse del siguiente modo: 1) la finalidad principal del proceso, cual es, la verdad jurídica objetiva; 2) la violación del deber de cooperación del demandado, emparentado con la teoría de las cargas probatorias dinámicas; 3) la inocuidad de las extracciones de muestras de ADN en el estado actual de la ciencia; 4) el derecho a la identidad de quien pretende que el órgano jurisdiccional determine uno de sus aspectos, la identidad filial; 5) ni la ley 23.511 ni el CCyCN vedan la posibilidad de disponer la compulsividad; 6) la obligación estadual de investigar la verdad; y 7) el hecho de que ética y psicológicamente no es lo mismo para el sujeto la filiación producto “de una ficción” que una verificación científica con un alto grado de verosimilitud.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> BO del 27/11/2009.

<sup>10</sup> Morello, A. M. La obligación de cooperación para acceder a la verdad en el ámbito del proceso (a propósito de la obtención coactiva de sangre para realizar la prueba hematológica), *Jurisprudencia Argentina* 1991-III-52; Morello, A. - Morello de Ramírez, S. (2002). *El moderno derecho de familia*, La Plata: Platense. (pp. 122 y 123); Grosman, C. - Arianna, C., Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial, *La Ley* 1992-B-1193; Mizrahi, M. (2004), *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*, Buenos Aires: Astrea, (p. 131); Lloveras, N. - Salomón, M. (2007), La filiación ‘presuntiva’ y la filiación ‘verdadera’: la constitucionalidad de la obligatoriedad de las pruebas biológicas, *Revista Derecho de Familia* nro 36, (p. 115); Lloveras, N. (2007) *La filiación en la Argentina y en el Mercosur. Costa Rica y el Perú*, Universidad, Buenos Aires, (p. 94 y ss); Famá, M. V., (2017). *Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida*, T.I, Buenos Aires: La Ley (p. 711 y ss.); Famá, M. V. (2010), Compulsividad de las pruebas biológicas en la jurisprudencia de los máximos tribunales nacionales, *Revista Derecho de Familia* nro 45, (p. 29 y ss.); Galli Fiant, M. M. Pruebas biológicas en la filiación, *La Ley*, 2014-A-849; Krasnow, A. N. (2015), Acciones de filiación, en Krasnow, A. N. (dir.), *Tratado de derecho de familia*, T.III La Ley, Buenos Aires, (p. 183 y ss.); Krasnow, A. N., El compromiso social por la búsqueda de la verdad permite exigir la realización de la prueba biológica en un proceso de filiación por naturaleza, LLBA 2008 (noviembre)-1074; Jáuregui, R. G. Carga de la prueba y pericias

En nuestra jurisprudencia el debate de la obligatoriedad de la prueba genética en los procesos de filiación se planteó frente a distintos escenarios. Uno de los más frecuentes se presenta cuando quienes pretenden formular el reconocimiento del hijo tienen dudas sobre su paternidad y la madre se niega a la realización de la prueba genética extrajudicial. En este contexto, los pretensos reconocientes se ven obligados a solicitar la pericia en sede judicial.

Este planteo ha sido encauzado mediante dos vías posibles: la acción declarativa de certeza y la medida autosatisfactiva. Dentro del primer grupo se ubican los casos resueltos por la sala K de la Cámara Nacional Civil, con fecha 23/09/2003<sup>11</sup> y la Cámara Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychú, con fecha 31/05/2012<sup>12</sup>. En ambos precedentes se hizo lugar a la acción interpuesta, y se ordenó la producción de la prueba genética.

Entre las peticiones enmarcadas como medidas autosatisfactivas, con resultado favorable, se encuentra el fallo del Tribunal de Familia de Rosario n° 5, de fecha 28/05/2004<sup>13</sup>, mediante el cual no sólo se hizo lugar a la acción intentada sino que, además, se dispuso librar un mandamiento para que el oficial de justicia se presentara en el domicilio de la madre a fin de instarla a concurrir junto a su hija al centro de salud para concretar el examen genético, bajo apercibimiento, en caso de negativa, de utilizar la fuerza pública para cumplir la medida y allanar domicilio si fuera estrictamente necesario.

La diferencia entre las resoluciones citadas es contundente: mientras los primeros precedentes dejan abierto el interrogante sobre el efectivo cumplimiento de la medida admitida por el órgano judicial, el fallo rosarino avanza sobre la obligatoriedad de la prueba genética en los procesos de filiación. La situación fáctica que dio lugar a estas decisiones permite reforzar los argumentos favorables a tal obligatoriedad, porque en estos procesos no se persigue el emplazamiento filial, sino tener certeza acerca del vínculo genético para luego proceder al reconocimiento del hijo. Si la medida judicial no transita hacia la compulsividad el objeto de la petición deviene abstracto: en estos casos –y en tantos otros– la coacción constituye la única alternativa idónea para alcanzar el

---

hematológicas, La Ley 1999-D-968; Pepió, R. - Roquier, L. (2005), La importancia del derecho a la identidad en la determinación de la filiación biológica, en Cúneo, Darío L. - Hernández, Clayde V. (dirs.), *Filiación biológica. Colección temática de derecho de familia/3*, Juris, Rosario, (p. 177 y ss.); Quadri, G. H., El reconocimiento de paternidad en los albores del nuevo milenio, *Jurisprudencia Argentina* 2006-II-468; Bloch, Ivana V. - Hockl, M. C., La extracción compulsiva de sangre según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Jurisprudencia Argentina* del 24/03/2004, (p. 3 y ss), etc.

<sup>11</sup> CNCiv., Sala K, G., C. R. v. C., P. E., 23/09/2003, La Ley 2004-B-970.

<sup>12</sup>C. Apel. Civ., Com. y Lab. Gualeguaychú, C., J. M. v. G., M., 31/05/2012, recuperado de: [www.abeledoperrot.com](http://www.abeledoperrot.com).

<sup>13</sup> Trib. Col. Familia Rosario, Sala nro. 5, B., F. v. D. P., R. s/medida preparatoria, 28/5/2004, *Revista Derecho de Familia* 2004-III, p. 155.



efectivo reconocimiento de los derechos a la identidad y a la verdad.

Ya en el marco de una acción de reclamación de filiación, el tema fue reeditado a raíz de la disidencia de Pettigiani en el fallo de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires del 27/08/2008<sup>14</sup>, mediante el cual se rechazó el recurso interpuesto por el demandado en un juicio de filiación en el que se había determinado su paternidad sobre la base de su negativa a someterse a los exámenes genéticos, examinada a la luz de otros elementos probatorios producidos en autos. El magistrado confirmó la paternidad ficta de la niña atribuida al demandado y, en forma complementaria, de ser así requerido oportunamente por la actora, dispuso “una medida tendiente a la concreta determinación de la verdadera identidad de origen de la niña, consistente en la efectiva realización –eventualmente compulsiva– de la prueba biológica centrada en los test de ADN y HLA sobre la persona del demandado”, tras observar que “la presunción derivada de la negativa al sometimiento a la prueba biológica... no contribuye en modo alguno a brindar adecuada y cabal solución al problema de base que el proceso filiatorio evidencia ante la sociedad, esto es, la cuestión vinculada con la verdadera identidad de origen del niño”, agregando que “la imposición de llevar adelante el examen biológico no afecta la libertad del sujeto a quien debe examinarse y se niega injustificadamente a ello”, pues “sus intereses y acciones libres deben ajustarse a las normas que reglamentan su ejercicio cuando las mismas posean entidad como para afectar la moral, el orden público o legítimos intereses de terceros...”.

En fin, la realización compulsiva de la prueba genética fue ordenada por la Cámara Civil y Comercial de Dolores, con fecha 16/08/2011<sup>15</sup>, en el marco de una decisión que desestimó la excepción de cosa juzgada interpuesta por el demandado frente a una nueva acción de filiación iniciada por el hijo, ya que la demanda anterior había sido rechazada por no poder concretarse la prueba genética. Para así resolver, se destacó que “cualquiera sea el resultado del proceso filiatorio..., cuando la prueba de ADN no se concretó, la decisión que rechace la acción o aplique la presunción del art. 4 de la ley 23.511 declarándose la paternidad ficta del demandado, debe supeditarse a la posible realización de esa prueba,... que puede ocurrir por la propia voluntad del demandado o en forma compulsiva, tal como lo dispone la ley 26.549 -que incorporó el art. 218 bis al código procesal penal...”.

### **La solución del Proyecto**

En un escenario donde aún priman voces doctrinarias adversas y decisiones

---

<sup>14</sup> SCBA, F., S. B. v. G., G. D. s/filiación, 27/08/2008, LLBA, 2008 (noviembre)-1074. La postura de Pettigiani ha sido reiterada en sendos precedentes R., M. E. c. M., G.R. s/ filiación, 25/03/2009, LLBA 2009 (agosto)-773; P., M. G. v. M. G., J. M. s/ reconocimiento de filiación paterna extramatrimonial, 17/06/2009. Recuperado de [www.abeledoperrot.com](http://www.abeledoperrot.com); G., A. N. v. S., R. J., 16/12/2009, recuperado de [www.abeledoperrot.com](http://www.abeledoperrot.com).

<sup>15</sup> C. Civ. y Com., Dolores, P.M.E. c. M.G.J.M. s/ filiación, 16/08/2011, LLBA 2011 (octubre), p. 1012, cita online: AR/JUR/44533/2011.

jurisprudenciales escasas, el proyecto en comentario se muestra innovador y eficaz para garantizar los derechos humanos a la identidad y a la verdad. Sigue en este sentido los antecedentes del Código Procesal Modelo para la Justicia de Familia de la CABA de 2004 y la Ley Procesal de Entre Ríos de 2019, cuyo art. 89 recepta la compulsividad de la prueba genética.

Quienes se muestran contrarios a la obligatoriedad<sup>16</sup> esgrimen como argumentos centrales la salvaguarda de la libertad de intimidad y la integridad física y, por ello, concluyen que la medida coactiva resulta inconstitucional e inconvencional. No comparto esta postura, por varias razones.

En primer lugar, y con respecto a la supuesta vulneración de la integridad física, el argumento se desvanece como consecuencia del avance de las técnicas en la recolección de las muestras, las que suelen obtenerse con un simple hisopado de la mucosa bucal, que otorga a la prueba el mismo grado de certeza que el de la sangre. Nótese incluso que la norma proyectada prevé la compulsividad con carácter subsidiario –ante la ausencia de otros medios probatorios que provean igual certeza– y acentúa la necesidad de que la extracción de la muestra se practique del modo menos lesivo, procurando –de ser posible– que su obtención se realice por medios distintos a la inspección corporal.

En cuanto a la alegada vulneración de la intimidad, la respuesta surge de la normativa constitucional, en tanto el art. 19 establece un marcado límite al ejercicio de la libertad de intimidad: el daño directo y concreto a los derechos fundamentales de terceros. En este caso, la abierta vulneración de los derechos a la verdad y a la identidad del supuesto hijo no permite escudarse en la supuesta violación al derecho a la intimidad del demandado; derecho éste que sería de menor “peso” que los primeros.

---

<sup>16</sup> En doctrina ver, entre otros, Chieri, Primarosa - Zannoni, E., (2005), *Prueba del ADN*, Buenos Aires: Astrea, 2a ed. (p. 194); Bidart Campos, G. La negatoria a someterse a pruebas biológicas en el juicio de filiación, ED 157-255; Sambrizzi, E. A. (2016). *La Filiación en el Código Civil y Comercial*, La Ley, Buenos Aires, (p. 269); Herrera, M.- Lamm, E. (2014). Comentario al art. 579, en Kemelmajer de Carlucci- A.- Herrera, M.- Lloveras, N. (dirs.), (2014), *Tratado de derecho de familia*, T. II. Santa Fe: Rubinzal Culzoni (p. 759); López del Carril, J. (1976), *La filiación*, Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. (p. 188); Díaz de Guijarro, E. Valoración probatoria de la negativa a someterse a la investigación de los grupos sanguíneos, *Jurisprudencia Argentina* 1947-III-216; Di Lella, P. (1997), *Paternidad y pruebas biológicas*, Buenos Aires: Depalma (p. 62); Méndez Costa, M. J. Encuadre constitucional del derecho a la identidad, *La Ley* 1992-D-536; Guastavino, E. P. Negativa a aceptar una transfusión de sangre, *La Ley*, 1976-A-1; Gregorini Clusellas, Las implicancias de la negativa a someterse a las pruebas biológicas en el nuevo enfoque para determinar la filiación, *La Ley* 1988-D-310; Borda, G. A. (1977), *Tratado de derecho civil. Familia*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 6ª ed. actual (p. 106); Arazi, R. (1998), *La prueba en el proceso civil. Teoría y práctica*, T.II, Buenos Aires: La Roca, 2ª ed. actual. y aum. (p. 129); Midón, M. S. (2005), *Pericias biológicas. Enigmas que se le plantean al hombre del derecho*, Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, (p. 119 y ss.); Capparelli, J. Los diversos medios de prueba para establecer la filiación, *La Ley* 1991-D-244; Cassani, D. ¿Dos garantías en peligro?, *La Ley* 2002-E-278; Gozaíni, O. (1999). *Derecho procesal constitucional*, T. I, Buenos Aires: Belgrano, (p. 237); Alesi, M. B. La prueba genética en los juicios de filiación, *Revista de derecho privado y comunitario* 2016-1, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, (p. 169); etc. En jurisprudencia ver CNCiv., Sala C, M., *I. v. P. R.*, 22/10/1993, *El Derecho* 157-270; CNCiv., sala D, C., A. G. v. L. L., R. L., 02/04/1996, *La Ley* 1997-E-467; Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Civ. y Com., *NN recurso directo*, 04/05/2000, LLC 2001-22; Trib. Col. Familia Rosario, T., S. L. v. R., F. C., 03/07/1996, *La Ley Litoral* 1999-437; Corte Sup. Just. Santa Fe, A., M. v. L., C. L., 19/09/1991, *La Ley* 1992-D-536; etc.

Para reforzar este argumento, cuando se trata de determinar la filiación de quienes aún no han alcanzado la mayoría de edad, no debe perderse de vista uno de los principios generales que priman en el ámbito del derecho de la niñez, el *favor debilis* o *pro minoris*, lo que significa que ante una colisión de derechos entre un adulto y una persona menor de edad, prevalecen los derechos de esta última.

Los argumentos expuestos permiten inclinar la balanza a favor del derecho a la identidad y a la verdad, los cuales no se verían satisfechos en su totalidad mediante la recepción normativa de la negativa como “plena prueba”. Así, la obligatoriedad se ofrece como la medida más apta para lograr el respeto de tales derechos.

En pos de fortalecer esta postura, merece recordarse el principio de la igualdad de derechos entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio y la obligación estadual de reforzar este principio a través de distintos mecanismos. Uno de ellos es facilitar el emplazamiento filial de los hijos extramatrimoniales, cuya filiación no queda determinada por la presunción prevista en el art. 566 del CCyCN, sino que requiere del acto voluntario del reconocimiento o de una sentencia judicial.

No debe perderse de vista, tampoco, la función performativa de las leyes. En este contexto, la recepción legislativa de la obligatoriedad de las pruebas genéticas se alza como una herramienta hábil para disuadir un comportamiento procesal dilatorio, obstaculizador o reactivo por parte de los demandados en los procesos de filiación.

Por otra parte, fuera del marco jurídico, reitero un argumento –ya sentado por Grosman y Arianna– que resulta determinante a la hora de favorecer la obligatoriedad de las pruebas genéticas: desde la perspectiva del requirente, para la construcción psíquica del sujeto no es lo mismo ser hijo por indicio o presunción, que ser hijo por certeza; desde la perspectiva del progenitor, para la toma de conciencia y el fortalecimiento de los deberes derivados de la responsabilidad parental, es probable que surja un menor compromiso si el demandado resulta vencido en el juicio como resultado de una ficción, que si lo es como consecuencia de la comprobación de una verdad negada, pues de este modo no es posible ampararse en el beneficio de la duda.

### **Palabras finales**

Observa Ortega y Gasset que “El hombre es el ser que necesita absolutamente de la verdad y, al revés, la verdad es lo único que esencialmente necesita el hombre, su única necesidad incondicional”.

El ordenamiento jurídico debe alzarse como una herramienta eficaz para garantizar el acceso a la verdad, que en materia filiatoria se traduce en el derecho a la identidad, aspecto cardinal de la subjetividad humana.

La reforma procesal proyectada aporta soluciones eficaces en este sendero. Bienvenida sea.

# **EL TIEMPO Y LAS GARANTÍAS DE LA INFANCIA**

## **El control de legalidad de las medidas de “abrigo” y el proceso de adopción en el Anteproyecto de Código Procesal de Familias, Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires**

*Ana Murganti (UBA)*

### **Introducción**

El presente trabajo tiene por objeto examinar las principales novedades del Anteproyecto de Código Procesal de Familias, Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires respecto de la regulación del proceso de control de legalidad de las medidas excepcionales de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes y del proceso de adopción, en sus distintas etapas: declaración de niñas, niños y adolescentes en situación de adoptabilidad, guarda con fines de adopción y juicio de adopción propiamente dicho.

Actualmente la cuestión se encuentra regulada en las leyes 13.298 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños y sus modificatorias, 14.528 de Procedimiento de Adopción, 26.061 sobre Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, 25.854 de Creación del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos y en los artículos 594 a 647 del Código Civil y Comercial de la Nación. El Código Procesal Civil y Comercial no contiene normas sobre el tema, con excepción de las que determinan su competencia material.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup>El artículo 827, incisos h) y v) establece: “Los Jueces de Familia, tendrán competencia exclusiva, con excepción de los casos previstos en los artículos 3.284 y 3.285 del Código Civil y la atribuida a los Juzgados de Paz, en las siguientes materias: (...) la permanencia temporal de niños en ámbitos familiares alternativos o entidades de atención social o de salud de conformidad con lo determinado en el artículo 35 de la ley 13298 (...) y la guarda con fines de adopción, la adopción, y la nulidad o revocación de ella” .

En línea con los proyectos legislativos y las modernas legislaciones procesales de familia adoptadas a nivel provincial<sup>2</sup>, el Anteproyecto incorpora dentro de los procedimientos especiales de familia la regulación del proceso de control de legalidad de las medidas excepcionales de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes (también llamadas “de abrigo” en el ámbito bonaerense) y de adopción.

### **Proceso de control de legalidad de las medidas excepcionales de protección de derechos de las niñas, niños y adolescentes**

El procedimiento de control judicial de legalidad o, mejor dicho, de razonabilidad –ya que no se agota en la letra de la ley, sino que comprende al conjunto de derechos, principios y valores constitucionales y convencionales en juego– se inscribe dentro del proceso de transformación legal e institucional que implicó la derogación del sistema de patronato de menores y la implementación de un nuevo sistema adecuado a los estándares de la Convención sobre los Derechos del Niño: el sistema de promoción y protección integral<sup>3</sup>. Este pasaje legislativo e institucional anclado en la Convención sobre los Derechos del Niño se estructura, fundamentalmente, a partir de tres ideas fundantes:

- 1) la desjudicialización de las cuestiones vinculadas con los derechos económicos y sociales de las niñas, niños y sus familias;
- 2) la prohibición de la separación de las niñas y niños de sus ámbitos familiares de origen por razones vinculadas con la carencia de recursos económicos de sus padres o responsables;
- 3) y la incorporación de garantías al proceso judicial (debido proceso).

La finalidad del proceso de control de legalidad consiste en regular un mecanismo de intervención sobre la infancia y adolescencia novedoso para nuestro ordenamiento jurídico: el sistema mixto según el cual corresponde al órgano administrativo la adopción de las medidas que implican la separación de las niñas y niños de sus ámbitos familiares de origen con control de legalidad judicial (artículo 9 y 18 CDN, 41 y 41 ley 26.061, 35 ley 13.298 y modificatorias).<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Proyecto de Código Procesal de Familia para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2015), Código Procesal de Familia y Violencia Familiar de Mendoza (Ley 9.120, 2018), la Ley Procesal de Familia de Entre Ríos (Ley 10.668, 2019), el Código Procesal de Familia de Río Negro (Ley 5390, 2019), el Anteproyecto de Código General de procesos de Chubut (2019), y las Bases para la Reforma Procesal de Familia a nivel nacional (2020) disponible en <http://www.bibliotecadigital.gob.ar>

<sup>3</sup> Sobre las características del proceso de adecuación legislativa a la Convención sobre los Derechos del Niño ver BELOFF, M. (2018). *Derechos del Niño. Su protección especial en el sistema interamericano. Análisis sistemático de fallo fundamentales*, Hammurabi y VILLALTA, C. (2019). *La Convención sobre los Derechos del Niño en perspectiva. Temporalidades, disputas y desafíos en el proceso de construcción de los sistemas de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes en la Argentina* en GIL DOMINGUEZ, A.- GIOSA, L.- HERRERA, M. *A 30 años de la Convención de Derechos del Niño. Avances, críticas y desafíos*, Buenos Aires: Ediar, entre muchos otros.

<sup>4</sup> Ver Beloff M. (2005) *Constitución y Derechos del Niño, Justicia y Derechos del Niño*, nro. 7. (p.9 y ss); Beloff, M. (2006) *Tomarse en serio a la infancia, a sus derechos y al derecho. Sobre la ley de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes*, *Revista Derecho de Familia*, nro. 33. (p.1-33);

En virtud de ello, los artículos 554 y 558 establecen los plazos y las condiciones que los órganos administrativos y judiciales deben cumplir para garantizar la finalidad misma del sistema: que la medida de separación de las niñas y niños de sus familias de origen sea excepcional, proporcionada y limitada en el tiempo (artículo 9 y 18 CDN; CIDH, OC 17/2002, párrafos 65 y 71; artículos 39 y ss ley 26061, 35 ley 13298 y modificatorias)<sup>5</sup>.

Entre las principales novedades de este capítulo podemos destacar la obligación establecida en el artículo 555 de convocar a una audiencia a las personas progenitoras o responsables de las niñas, niños o adolescentes con carácter previo a resolver la legalidad de la medida, en consonancia con lo previsto en la legislación nacional y en la totalidad de las legislaciones procesales de familia que regulan el tema.<sup>6</sup>

Esta obligación, ausente en la legislación vigente, merece una aclaración respecto de sus antecedentes en el ámbito provincial.

La versión original del artículo 35 inciso h) de la ley 13298 (2005) establecía: “Comprobada la amenaza o violación de derechos podrán adoptarse, entre otras, las

---

Kielmanovich, JORGE, Reflexiones procesales sobre la ley 26.061 (de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes). cita online: AR/DOC/3446/2005; HERRERA, M. - Famá M. V. - Gil Domínguez, A. Las medidas excepcionales previstas en la ley 26.061. Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, cita online: AR/DOC/1926/2007. Entre muchos otros.

<sup>5</sup> Artículo 554. Medida excepcional de protección. Control de legalidad. Dentro de las 24 horas de adoptada la medida excepcional de protección, el organismo administrativo solicitará el control de legalidad de la medida al juzgado de familia en turno. La solicitud deberá explicar:

- 1) El agotamiento de las medidas de protección de derechos sin resultado positivo o, en su caso, la acción adoptada conforme a criterios de urgencia en la reparación de derechos.
- 2) La proporcionalidad e idoneidad de la medida adoptada.
- 3) La razonabilidad del plan de acción trazado para el reintegro de la niña, niño o adolescente a su grupo familiar, con especificaciones de recursos y estrategias que lo sustenten.
- 4) El plazo de duración, que no podrá ser superior a 90 días.

Artículo 558. Resolución relativa al control de legalidad. Notificación. Al controlar la legalidad de la medida excepcional de protección, la jueza o juez deberá tener en cuenta:

- 1) Que se hayan agotado las medidas de protección de derechos sin resultado positivo.
- 2) Que la medida resulte proporcionada a las circunstancias del caso concreto.
- 3) Que el plan de acción resulte adecuado a las circunstancias del caso.
- 4) Que el plazo de duración de la medida no exceda los 90 días.

La jueza o juez resolverá sobre la legalidad de la medida en la audiencia o en el plazo de 24 horas de finalizada.

Si la jueza o juez considera que la medida excepcional no cumple con los requisitos establecidos en los incisos 1) o 2) la dejará sin efecto y remitirá las actuaciones al organismo administrativo de protección.

Cuando se incumpla lo dispuesto en el inciso 3), el juzgado concederá un plazo no superior a 10 días para que el organismo administrativo de protección elabore y presente un nuevo plan de acción.

Si se incumple el requisito establecido en el inciso 4), la jueza o juez podrá validar la medida pero limitará su extensión temporal para que no exceda los 90 días.

<sup>6</sup> Artículo 555. Control de legalidad. Trámite y audiencia. Dentro de los 3 días de recibida la solicitud de control de legalidad, la jueza o juez fijará una audiencia a la que deberá convocar a las personas progenitoras, tutoras, guardadoras o responsables de las niñas, niños o adolescentes, al organismo administrativo de protección de derechos interviniente y al ministerio público. Además, según las circunstancias del caso, podrá convocar a las niñas, niños y adolescentes.

En igual sentido ver artículos 611 del proyecto del Código Procesal de Familia Modelo para CABA, 105 del Código Procesal de Familia y Violencia Familiar de Mendoza, 237 de la Ley Procesal de Familia de Entre Ríos, 162 del Código Procesal de Familia de Río Negro, entre otros.

siguientes medidas (...) h) Con carácter excepcional y provisional la permanencia temporal en ámbitos familiares alternativos o entidades de atención social y/o de salud, con comunicación de lo resuelto, dentro de las veinticuatro (24) horas, al Asesor de Incapaces y al Juez de Familia competente. El Juez de Familia, con citación y audiencia de los representantes legales, deberá resolver la legalidad de la medida en el plazo de setenta y dos (72) horas. La observancia de la notificación es considerada deber del funcionario público a cargo. Su incumplimiento traerá aparejada la aplicación de sanciones disciplinarias y penales correspondientes”.

Sin embargo ese texto nunca llegó a entrar en vigencia debido a la observación efectuada por el artículo 6 del decreto 44/07 reglamentario de la ley 13.634 (2007) al párrafo subrayado.

Los motivos esgrimidos en los considerandos del decreto fueron: “El texto sancionado trae aparejado la judicialización de todos los casos que decida la medida de permanencia temporal en ámbitos alternativos o en instituciones sociales o de salud, con el agregado de que en todos los casos los grupos familiares en cuestión deberán concurrir a audiencia desde el lugar de su residencia hasta la sede del Juzgado. Al observarse la exigencia de la audiencia y su plazo de realización, se facilitará un procedimiento más discrecional, sin que ello implique una excesiva dificultad, sobre todo para aplicarse en los casos en que resulte clara la viabilidad de la solución propuesta y existe acuerdo de los involucrados en su aplicación”.

Con posterioridad, en el año 2013, se sancionó la ley 14.537 que específicamente modificó el artículo 35 la ley 13.298, pero sin proponer reformas respecto de la observación reglamentaria.

Concretamente, el nuevo artículo 35 bis en su noveno párrafo establece: “El Servicio de Promoción y Protección de Derechos deberá comunicar la resolución en la que estima procedente la medida de abrigo, dentro de las veinticuatro (24) horas, al Asesor de Incapaces y al Juez de Familia competente. El Juez de Familia deberá resolver la legalidad de la medida en un plazo de setenta y dos (72) horas. En todo momento se garantizará el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído. Cualquier consenso que pudieren manifestar los progenitores al tiempo de ser adoptada la medida en sede administrativa, carece de toda entidad para enervar el posterior control judicial sobre su legalidad”. Como se observa, la legislación vigente mantiene silencio respecto de la obligación de convocar a la audiencia a las y los progenitores o representantes legales de las niñas, niños o adolescentes con carácter previo a resolver la legalidad de la medida excepcional.



Más allá de las objeciones constitucionales que quepan formular respecto de la omisión de esta convocatoria, el desarrollo de las herramientas tecnológicas y la posibilidad de realizar audiencias remotas desplazan las razones prácticas esgrimidas como fundamentos del decreto.

En virtud de ello consideramos que la reincorporación expresa del deber de convocar a los progenitores o responsables de las niñas, niños y adolescentes en esta etapa inicial, resulta una medida indispensable no sólo para garantizar el debido proceso de las niñas, niños y adolescentes y sus progenitores en un asunto en el que se encuentran en juego sus derechos a la identidad y a la vida familiar, sino para contribuir con la celeridad del proceso, al restringir la posibilidad de formular planteos mediante la interposición de recursos y nulidades.<sup>7</sup>

En la misma línea se destacan los artículos 556 y 559 que establecen el deber de la magistratura de informar a las y los progenitores o responsables de las niñas, niños y adolescentes el derecho a participar con abogada o abogado de su confianza, y a contar con la defensa pública oficial cuando carezcan de recursos económicos, y el derecho de las partes a apelar la decisión con efecto no suspensivo, teniendo en cuenta la excepcionalidad y urgencia del caso.<sup>8</sup>

Por último, también en línea con las legislaciones provinciales,<sup>9</sup> la utilización del término “personas responsables de las niñas, niños o adolescentes” empleado por el artículo 555, en consonancia con los artículos 3, 19, 26.2 y 27.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño y en reemplazo de la terminología de “padres” o “representantes legales” utilizada en el artículo 608 inciso c) del Código Civil y Comercial permite introducir en este ámbito el debate respecto del rol de la socioafectividad, los contornos de la familia ampliada y su legitimación en esta etapa del curso de proceso.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Pellegrini M. (2020), La intervención de los progenitores biológicos en las medidas de protección de derechos extraordinarias, en FERNÁNDEZ S., *Tratado de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, La Ley, 2da ed., T. III, capítulo 9.

<sup>8</sup> Artículo 556. Notificación de la audiencia. Al notificar la audiencia a las personas progenitoras, tutoras o guardadoras, se les hará saber:

1) Que deberán comparecer acompañadas con una abogada o abogado.

2) Que, en caso de carecer de recursos, podrán acceder a la defensa pública oficial, con los datos necesarios para su localización y contacto.

3) Que la falta de asistencia sin justificación no obstará a la celebración del acto ni a la prosecución del trámite.

Artículo 559. Apelación. La resolución que hace lugar a la medida es apelable con efecto no suspensivo. La decisión que la deniegue es inapelable.

<sup>9</sup> Artículo 105 de la legislación mendocina y 237 de la entrerriana.

<sup>10</sup> Sobre el tema ver Gutiérrez Goyochea, V. (2021) Socioafectividad, interés superior del niño y guardas de hecho, *Revista Derecho de Familia* (nro. 98) (p.105); Herrera M. (2021). Socioafectividad e Infancia ¿de lo clásico a lo extravagante?, en Fernández, S. (Directora), *Tratado de Derechos de Niños, niñas y adolescentes*, 2da ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot. T. II, (p.445-487); Kemelmajer de Carlucci A. (2014). Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial Argentino de 2014, *La Ley*, cita online: AR/DOC/3592/2014; Kemelmajer de Carlucci A. (2021). Socioafectividad, interés superior del niño y multiculturalismo, *Revista Derecho de Familia* (nro.98) (p.17); Murganti A. (2017). Los vínculos afectivos con ‘terceros’ en el Código Civil y Comercial: ¿casos fáciles o difíciles?, *Revista Derecho de Familia* (nro.

### **Declaración de niñas y niños en situación de adoptabilidad**

El proceso de declaración de las niñas, niños y adolescentes en situación de adoptabilidad ha sido receptado legislativamente por el Código Civil y Comercial con la valiosa finalidad de armonizar, por un lado, la legislación de fondo con el sistema de promoción y protección integral y , por el otro, con la pretensión de resolver un vacío legislativo que dio lugar a importantes controversias jurisprudenciales y doctrinarias: el rol y los límites de la intervención de la familia de origen en el proceso de adopción.<sup>11</sup>

Específicamente, los fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial expresan: “El proyecto recepta una práctica consolidada (la declaración judicial de situación de adoptabilidad) como un procedimiento con reglas propias para demarcar correctamente el rol de la familia de origen y de la pretensa adoptante en todo el proceso hasta la adopción de un niño. En el proceso de declaración judicial de adoptabilidad, la familia de origen tiene un rol fundamental (...).De este modo el anteproyecto armoniza con la ley 26.061 y procura que todas las partes que intervienen gocen de las debidas garantías constitucionales, tanto en los procedimientos administrativos como en los judiciales conducentes a la adopción de un niño (conf. opinión consultiva 17). Se establece quienes son los sujetos que intervienen en el proceso de declaración judicial en situación de adoptabilidad y en qué carácter. Se fijan las reglas del procedimiento relativas a la competencia, la entrevista obligatoria del juez con los padres si es posible, y la remisión de los legajos para acelerar los tiempos en la elección de los pretendientes adoptantes y el efecto de la sentencia. De este modo, la declaración judicial en situación de adoptabilidad es regulado como un proceso autónomo –el más breve que prevé la ley local– con reglas precisas que respeten los derechos de los principales involucrados en esta primera etapa: el niño y sus progenitores. Se dispone expresamente que la sentencia de privación de la responsabilidad parental equivale a la declaración judicial en situación de adoptabilidad; la finalidad es unificar criterios y acelerar los tiempos, de modo tal que cuando los progenitores han sido privados de la responsabilidad parental, el niño se inserte lo antes posible en otra familia a través de la institución de la adopción.”

---

79) mayo 2017, (p. 193); Tavip G. Adopción y socioafectividad: la fuerza del cariño, la contundencia de los hechos, *Revista Derecho de Familia* (nro. 98), (p. 89), entre otros.

<sup>11</sup> En el ámbito provincial, la ley 14.528 receptó legislativamente el proceso de declaración de adoptabilidad con anterioridad al CCyC (2013). Sobre las principales novedades del Código Civil y Comercial en esta materia ver Fernández S., Adopción y procesos en la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación. O sobre cómo diseñar un modelo homogéneo que unifique los "camino" a la adopción cita online: AR/DOC/5518/2013; Muñiz J., Derechos fundamentales en la filiación por adopción en Grosman C.(Dir) y Videtta C (Coord) (2019) , *Los derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes*, Rubinzal Culzoni, T. II, (p 9 y ss.); Raffo P. (2016). “Los procesos de guarda y adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación, *Revista Derecho Familia* (nro. 73) (p.107), entre muchos otros.

En virtud de ello, el CCyC reconoce expresamente la intervención de los padres o representantes legales en el proceso de declaración de situación de adoptabilidad e incorpora un artículo con garantías mínimas de procedimiento (artículos 608 inciso b y 609).

En la misma sintonía, el Anteproyecto regula un proceso de declaración de situación de adoptabilidad que tiene por finalidad garantizar un debate amplio y rodeado de garantías para discutir los comportamientos parentales que garanticen que las niñas, niños y adolescentes puedan crecer y desarrollarse en su ámbito familiar de origen, y clausurar el debate con familia de origen hacia el futuro.<sup>12</sup>

Es por eso, que la presencia de un procedimiento con reglas que combine plazos y garantías –sumado a la impostergable necesidad de contar con una institucionalidad fortalecida– resultan indispensables para consolidar las bases del proceso de integración familiar.<sup>13</sup>

En esa línea, cabe destacar el artículo 567 que reproduce la amplitud de la participación de la familia de origen y de las niñas, niños y adolescentes reconocida por el Código de fondo y los artículos 574 y 575 que incorporan un novedoso mecanismo procesal que pretende atenuar los dramáticos efectos del paso del tiempo en esta clase especial de proceso.<sup>14</sup>

### ***Participación de la familia de origen y de la niña, niño o adolescente***

En relación con la participación de la familia de origen y de la propia niña, niño o adolescente en el proceso, resulta preciso resaltar la tonalidad de dos de los incisos del artículo 567: 1) la referencia expresa a la participación de las niñas, niños o adolescentes con abogada o abogado de confianza y 2) la utilización del término padres o

---

<sup>12</sup> Sobre este punto señala Marisa Herrera: "...amén del papel relevante que tiene los niños –de igual y máxima intensidad durante todo el proceso de adopción– es dable afirmar que los progenitores cumplen un rol primordial en la primera etapa de un proceso que puede o no dar lugar a la adopción. Aquí, el peso o la figura protagónica –a la par del niño– recae en los padres. Por el contrario, dictada la sentencia de guarda para adopción, la balanza se inclina a favor de los guardadores, pretensos adoptantes, además del niño...En otras palabras, fundado en el respeto por el derecho a la identidad –trato del niño como de los adultos– el derecho a vivir y/o permanecer en la familia de origen y el derecho de defensa en juicio y al debido proceso, la familia de origen – en sentido amplio, abarcando también a la familia extendida, debe tener una presencia superlativa en esta primera etapa". Ver Herrera, M. (2008) *El derecho a la identidad en la adopción*, Buenos Aires: Editorial Universidad, T. I, (p. 440-1).

<sup>13</sup> Ventura, A.- Siderio, A., Tiempos legales, tiempos subjetivos: situación y estado de adoptabilidad, cita online: AP/DOC/650/2015.

<sup>14</sup> Sobre el paso del tiempo en las declaraciones de las niñas y niños en situación de adoptabilidad ver Grosman C. - Herrera M., ¿El tiempo sentencia? A propósito de un fallo sobre restitución y adopción del alto tribunal, *Jurisprudencia Argentina*, 2005-IV-32.; Moreno G. (2019). La prescripción adoptiva, *Revista Derecho de Familia*, 2019 IV, (p.1-25); Siderio A., Una excepción que...¿confirma o hace peligrar a regla?, *Revista Derecho de Familia* 2009-II, (p.41 y ss.), entre otros.

representantes legales en lugar de personas responsables de las niñas, niños o adolescentes.<sup>15</sup>

En primer lugar, el inciso 1) refuerza el derecho de las niñas, niños y adolescentes de participar con abogada o abogado de confianza en esta clase especial de procesos y resalta la contundencia de las disposiciones de fondo sobre el rol *de parte* que deben ocupar las niñas, niños y adolescentes en su proceso de adopción.<sup>16</sup>

El inciso 2), por su parte, evidencia un problema de inconsistencia normativa planteado en la legislación de fondo: la diferencia entre la regulación amplia de familia reconocida en las leyes de promoción y protección, y las imitaciones a las alternativas de cuidado – guarda y tutela – previstas en el Código Civil y Comercial.<sup>17</sup>

### ***El impacto del tiempo***

La cuestión del paso del tiempo en esta clase de procesos trasciende sensiblemente los límites del derecho.<sup>18</sup>

Al respecto la Corte Interamericana señaló: “En vista de la importancia de los intereses en cuestión, como son en este asunto el derecho a la integridad personal, el derecho a la identidad y el derecho a la protección de la familia, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera infancia, deben ser

---

<sup>15</sup> Artículo 567. Personas intervinientes. En el proceso de declaración judicial de situación de adoptabilidad intervendrán:

1) Con carácter de parte: las niñas y niños con edad y grado de madurez suficiente, y las y los adolescentes, quienes podrán comparecer con abogada o abogado. La jueza o juez deberá controlar la independencia de la asistencia letrada y podrá disponer la intervención de la defensa pública cuando entienda que se encuentra comprometida.

2) Con carácter de parte: la persona o personas progenitoras u otras personas representantes legales de las niñas, niños o adolescentes.

3) El organismo administrativo de protección integral que intervino.

4) El ministerio público.

La jueza o juez podrá escuchar a otras parientas o parientes y referentes afectivos que considere pertinentes para conocer la situación familiar.

<sup>16</sup> Al respecto señala Victoria Famá: “Por último, debe aclararse que más allá de estas reglas genéricas, el codificador ha prestado especial atención a la participación de NNyA en el proceso de declaración judicial de situación de adoptabilidad y en el juicio de adopción, diseñando reglas específicas en la materia. Así, tanto el art. 608 inc. a) —para el primer caso— como el art. 617 inc. a) —para el segundo— prevén la participación con carácter de parte del adoptado que tenga edad y grado de madurez suficiente, que en tal supuesto debe comparecer con asistencia letrada”. Famá V., Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial, *La Ley*, 20/10/2015, (p.10). Ver también: Herrera M., La voz del niño en su proceso de adopción, *La Ley*, 2007, 0003/013609.

<sup>17</sup> Murganti A. (2017). Los vínculos afectivos con ‘terceros’ en el Código Civil y Comercial: ¿casos fáciles o difíciles?, op.cit. nota 10.

<sup>18</sup> Giberti, E. (2010). *Adopción Siglo XXI, Leyes y Deseos*, Editorial Sudamericana, (p.73 y ss); Ventura, A. y Siderio, A. Tiempos legales, tiempos subjetivos: situación y estado de adoptabilidad, cita online: AP/DOC/650/2015; Villalta C. en La adopción de niños desde una perspectiva antropológica: herramientas analíticas y límites conceptuales, cita online: AP/DOC/33/2018, entre otros.

manejados con una diligencia y celeridad excepcional por parte de las autoridades. En tal sentido afirma la necesidad de cautelar y de proteger el interés superior del niño, así como de garantizar los derechos en posible riesgo hasta tanto no se resuelva la controversia sobre el fondo y de asegurar el efecto útil de la eventual decisión que se adopte (...) En atención a lo anterior, el mero transcurso del tiempo puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora que, en una eventual decisión sobre los derechos del niño, podrían a su vez erigirse en el fundamento principal para no cambiar la situación actual del niño, principalmente debido a que se incrementa el riesgo de afectar seriamente el balance emocional y psicológico del mismo. En otros términos, el paso del tiempo se constituiría inevitablemente en un elemento definitorio de vínculos afectivos que serían difíciles de revertir sin causar un daño al niño o niña. Esa situación comporta un riesgo que no sólo resulta inminente sino que ya podría estar materializándose. Por ende, la mayor dilación en los procedimientos, independientemente de cualquier decisión sobre la determinación de sus derechos, puede determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho actual y volver nugatoria y perjudicial para los intereses del niño L.M, cualquier decisión en contrario.”<sup>19</sup>

Partiendo de estas premisas, los artículos 574 y 575 regulan un novedoso mecanismo destinado a robustecer la argumentación respecto de la decisión sobre los efectos del recurso, que podemos sintetizar en tres pasos.<sup>20</sup>

- 1) La facultad de la jueza o juez de primera instancia de establecer el efecto suspensivo o no suspensivo del recurso.
- 2) El establecimiento de un plazo legal de 30 días durante el cual se suspenden los efectos no suspensivos del recurso (una suerte de efecto no suspensivo diferido)
- 3) El deber de las juezas y jueces de alzada de revocar o confirmar de oficio o a pedido de parte el efecto suspensivo o no suspensivo del recurso establecido por la jueza o juez de grado.

---

<sup>19</sup> CIDH, *Asunto L.M. Medidas Provisionales vs Paraguay* (2011), párrafos 16 y 18. En igual sentido ver CIDH, *Fornerón vs Argentina*, (2012), párrafos 104 y 105. Para ampliar el punto ver Murganti A. (2021) Estándares internacionales sobre el derecho de las niñas y los niños a no ser arbitrariamente separados de sus padres en Fernández S., *Tratado de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, La Ley, T. II, (p.701 y ss).

<sup>20</sup> Artículo 574. Recursos. Efectos. En todos los casos, el recurso contra la resolución que declare la situación de adoptabilidad suspenderá la resolución apelada por 30 días. Transcurrido ese plazo los efectos serán suspensivos o no suspensivos según la jueza o juez lo disponga de modo fundado.

La resolución que deniegue la situación de adoptabilidad será inapelable, sin perjuicio de las medidas de protección que las juezas o jueces puedan ordenar.

Artículo 575. Modificación de efectos y plazo para resolver. Recibidas las actuaciones en la cámara, en el plazo de 3 días a pedido de la apelante o de oficio, deberá revocarse o confirmarse fundadamente el efecto de la apelación.

La cámara de apelación tendrá un plazo de 30 días para resolver sobre la adoptabilidad.

Como se advierte, este sistema evidencia la incorporación de un mecanismo combinado que resalta la trascendencia de las decisiones destinadas a regular las condiciones en las que transcurren las niñas, niños o adolescentes el tiempo que consume esta etapa del proceso de adopción.

En primer término, reconoce discrecionalidad a los jueces para valorar las circunstancias fácticas particulares al momento de determinar los efectos del recurso, con una restricción legal dada por un período “ventana” de 30 días durante el cual se reconoce a las juezas y jueces de la alzada un tiempo prudente para resolver, cuando ello resulte posible.

En segundo lugar, establece la facultad de las juezas y jueces de la alzada de confirmar o revocar la decisión relativa al efecto del recurso, de oficio o a pedido de parte, pero siempre mediante razones fundadas.

### **Guarda con fines de adopción**

En esta etapa del proceso, el Anteproyecto reproduce el esquema normativo de la legislación vigente con algunas modificaciones entre las que cabe destacar el reconocimiento expreso de dos prácticas silenciadas en la legislación actual: la actuación judicial ante la ausencia de postulantes y el período de vinculación.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Artículo 577. Ausencia de postulantes. Si el Registro de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción no cuenta con postulantes que respondan a las particularidades del caso, deberá informar esta situación al juzgado y, en el plazo de 10 días, realizar una búsqueda en el siguiente orden:

1) En los legajos de personas que se encuentren inscriptas en etapa de evaluación en el Registro Provincial de Adopción.

2) En el Registro Federal.

Si la búsqueda también fracasa, la jueza o juez podrá realizar una convocatoria pública de conformidad con las pautas establecidas en las normas prácticas.

Si agotadas las instancias de búsqueda no existen personas postulantes, la jueza o juez, luego de entrevistar a las niñas, niños y/o adolescentes, deberá evaluar junto con el equipo técnico, ministerio público y el órgano administrativo, cuáles son las medidas de protección y/o la figura jurídica adecuada para resolver la situación planteada. En todos los casos procurará evitar la institucionalización.

Artículo 578. Convocatoria al encuentro. Desarrollo. Vinculación. Seleccionada la persona o personas postulantes, se convocará a una entrevista a realizarse dentro del plazo de 10 días, a la que también citará al ministerio público y al órgano administrativo, que podrá asistir de manera espontánea. Dentro de los 5 días de recibida la convocatoria, la o las personas postulantes deberán ratificar o rectificar la voluntad adoptiva. Si se rectifica se procederá de conformidad con el artículo 579 .

En la entrevista se deberá informar a la o las personas que pretendan ser guardadoras sobre las características personales de las niñas, niños y/o adolescentes en situación de adoptabilidad, con el objeto de que expresen su voluntad de iniciar la vinculación.

Si la o las personas postulantes ratifican su voluntad de ejercer la guarda con fines de adopción, finalizada la entrevista se deberá elaborar, con el apoyo del equipo técnico y de los organismos intervinientes, un informe que contemple una estrategia para favorecer la vinculación y establecer un plazo de duración. Esta estrategia puede involucrar encuentros graduales, entrevistas interdisciplinarias e interinstitucionales, acompañamiento y apoyo psicológico, entre otras medidas que sean adecuadas a las circunstancias del caso.

El equipo técnico tendrá a su cargo el seguimiento de las estrategias y medidas adoptadas y el deber de elaborar un informe en el plazo que la jueza o juez determine.

Además, se podrá entrevistar a cualquier familiar de la o las personas pretensas guardadoras que considere conveniente.

### **Ausencia de postulantes**

Partiendo de las limitaciones de los registros de aspirantes a guardas con fines adoptivos para brindar respuestas a la totalidad de niñas, niños y adolescentes inscriptos en los registros, especialmente cuando se trata de adopciones tardías, complejas o múltiples, el artículo 577, al igual que la legislación mendocina, recepta una práctica que establece la necesidad de realizar una búsqueda que comprende, en primer lugar, a las personas inscriptas en etapa de evaluación y en segunda instancia la colaboración del registro federal<sup>22</sup>. Además, el artículo 577 incorpora la instancia excepcional de la convocatoria pública actualmente regulada, a nivel provincial, mediante Acordada de la Suprema Corte de Justicia.<sup>23</sup>

Nos parece valiosa la incorporación del instrumento de las convocatorias públicas como una forma de visibilizar la situación de muchas niñas, niños y adolescentes que integran el listado de los registros pero se encuentran ausentes del discurso hegemónico que captura con frecuencia los debates sobre 'la adopción'.<sup>24</sup>

### **Vinculación**

En segundo lugar, y en línea con lo establecido en las modernas legislaciones procesales de familia, el artículo 578 recepta normativamente la existencia del período de "vinculación", actualmente silenciado a nivel legislativo procesal como de fondo.<sup>25</sup>

Esta solución refleja la existencia de un tiempo dinámico, flexible y fundamental durante el cual se desarrollan estrategias de apoyo y acompañamiento interdisciplinario tendientes a construir la integración familiar.

---

<sup>22</sup> A modo de ejemplo, podemos citar los datos sobre voluntad adoptiva publicados por el Registro Central de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción de la SCBA <https://www.scba.gov.ar>: a) según la edad: 0 a 2 años, entre 1044 y 1066 postulantes, para mayores de 12 años: 24; b) para grupos de hermanos: hasta 1 solo NNyA: 1195 postulantes; más de 2 NNyA: 39; c) según la presencia de discapacidad: NNyA sin discapacidad: 1195 postulantes; NNyA con discapacidad física/sensorial: 34 postulantes; NNA con discapacidad intelectual: 8 postulantes; d) NNyA con problemas de salud: NNA sin problemas de salud: 1195 postulantes; NNyA con situaciones leves de salud: 520 postulantes; NNyA con situaciones complejas de salud: 6 postulantes. Para un análisis sobre el tema ver PORTILLO C. (2016). Adopción: en busca de familias para niños, niñas y adolescentes reales, *Revista de Derecho de Familia* (nro. 76) (p.183 y ss); PORTILLO C. (2021) El rol de los registros de aspirantes a guardas con fines de adopción. La experiencia de la provincia de Buenos Aires en FERNÁNDEZ S., *Tratado de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, La Ley, T. II, (p.921 y ss); SCHERMAN I. (2018), Los hermanos ante la adopción: criterios en pos del superior interés del niño, *Revista de Derecho de Familia* (nro. 83) (p.197).

<sup>23</sup> Artículo 1 inciso g) Acordada 3607, modificada por 3868/17 y Resolución 271/2018 SCBA

<sup>24</sup> Estrada, F. - Morales, C. (2020), Con los derechos del niño realmente en el centro: proposiciones para la reforma a la ley de adopción, cita online: AR/DOC/2108/2020.

<sup>25</sup> A modo de ejemplo ver artículos 640 Código Procesal de Familia Modelo CABA, 197 Código Procesal de Familia y Violencia Familiar de Mendoza y 109 de la ley de Entre Ríos.

Para ello el artículo 578 establece la convocatoria a un ‘encuentro’ –una instancia de intermediación menos formal<sup>26</sup>– para informarles, en primer término, las características personales de las niñas, niños y adolescentes a los fines de ratificar la voluntad de iniciar la vinculación, y en segunda instancia, para elaborar, con el apoyo del equipo técnico del juzgado y las personas u organismos que se consideren convenientes, un informe que contemple una estrategia de vinculación y un plazo para su realización<sup>27</sup>.

Si bien sobre este punto la regulación proyectada no establece una regulación detallada, su incorporación permite poner de resalto tres notas características: la conveniencia de efectuar una amplia evaluación respecto de los recursos familiares e institucionales disponibles, la flexibilidad de la estrategia y la presencia del abordaje interdisciplinario a lo largo de todo el proceso (diseño, acompañamiento y supervisión o seguimiento).

### **Trámite**

Por último, los artículos 580 y 581 presentan tres modificaciones en relación con el trámite actual: 1) la eliminación de la audiencia para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción, 2) el deber de dar aviso a las personas guardadoras con carácter previo a decidir la revocación de la guarda y 3) la determinación legal sobre los efectos del recurso.<sup>28</sup>

En relación con la eliminación de la audiencia para el otorgamiento de la guarda, el Anteproyecto parece continuar la línea seguida por la legislación mendocina que, a diferencia de las demás legislaciones, tampoco prevé la audiencia para este acto.

---

<sup>26</sup> Artículo 195. Audiencias y encuentros. Las audiencias indicadas por este Código se celebran con la asistencia indispensable de la jueza o juez bajo sanción de nulidad absoluta e insanable, según las reglas que más abajo se establecen.

Los encuentros previstos en este Código, o los que la jueza, juez o consejera o consejero de familia consideren adecuados convocar, se celebrarán en modalidad presencial o remota según se considere conveniente y ante la persona que en cada caso se designe para ello. Las normas que regulan las audiencias se aplican supletoriamente a los encuentros.

La providencia o resolución que convoque al encuentro debe indicar claramente las consecuencias de la inasistencia.

<sup>27</sup> A diferencia de la ley entrerriana que prevé un plazo máximo legal de 90 días, el artículo 578 establece un plazo judicial.

<sup>28</sup> Artículo 580. Otorgamiento de la guarda con fines de adopción. Prórroga del plazo de vinculación. Vencido el plazo de vinculación y cumplido el aviso al ministerio público, dictará resolución en un plazo de 5 días, otorgando la guarda con fines de adopción por un plazo no mayor a 6 meses o prorrogando el plazo de vinculación. En caso de otorgar la guarda, la resolución deberá contener el deber de las personas guardadoras de someterse a las entrevistas e informes periódicos que realice el equipo técnico en el domicilio que residan con las niñas, niños, y/o adolescentes, a fin de evaluar el desenvolvimiento de la guarda.

Artículo 581. Revocación de la guarda con fines de adopción. Apelación. Si durante el período de guarda con fines de adopción la o las personas guardadoras incumplen con sus obligaciones de manera injustificada, o los informes del equipo técnico del juzgado proporcionan opiniones negativas sobre su aptitud para adoptar o sobre la vinculación afectiva, de oficio o a pedido de parte, la jueza o juez, previo aviso por 5 días a las personas que ejercen la guarda, podrá revocarla. Ello sin perjuicio de las facultades judiciales para adoptar medidas de protección urgentes. La decisión que revoca la guarda, es apelable con efecto no suspensivo.

Revocada la guarda, la jueza o juez deberá proceder de acuerdo con los artículos 576 y 577.



Al respecto, entendemos que la eliminación de la audiencia como requisito para el otorgamiento de la guarda no obsta a que la jueza o juez la convoque cuando lo considere necesario en función de las características del caso.

Respecto del deber de dar aviso a las personas guardadoras con carácter previo a decidir sobre su revocación, el Anteproyecto se aparta de las soluciones establecidas en los proyectos y en las legislaciones procesales sancionadas a nivel provincial.

Si bien ello puede resultar controvertido en una instancia no contenciosa y provisional como es esta etapa del proceso, entendemos que su finalidad apunta a integrar al proceso mayores elementos de juicio con carácter previo a que la jueza o juez decida sobre la cuestión. Sobre este punto la norma deja a salvo las facultades judiciales para adoptar medidas urgentes de protección cuando las circunstancias así lo exijan.

Por último, a diferencia de la legislación provincial comparada, el Anteproyecto no se limita a enunciar las resoluciones apelables, sino que regula los efectos de la apelación. Concretamente establece que la revocación de la guarda es apelable con efecto no suspensivo. Esta decisión parece la más adecuada teniendo en cuenta la gravedad y excepcionalidad de los motivos que pueden conducir a la una decisión de revocación en esta instancia del proceso.

### **Adopción**

Este capítulo también se estructura a partir de las normas del Código Civil y Comercial y de la legislación especial, con algunas incorporaciones.

En primer lugar se establece un trámite diferenciado según esta etapa se inicie a pedido de parte o de oficio.<sup>29</sup>

Cuando se inicie a pedido de parte, ésta deberá cumplir con los recaudos establecidos para la formulación de cualquier demanda, teniendo en cuenta que el Anteproyecto también reconoce la gratuidad de los procesos de familia que carezca de contenido patrimonial<sup>30</sup>. En virtud de ello, la demanda de adopción dejaría de estar comprendida por la obligación de abonar tasa de justicia.

---

<sup>29</sup> Artículo 583. Inicio del proceso de adopción. Una vez cumplido el período de guarda con fines de adopción, a pedido de parte, del organismo administrativo de protección, del ministerio público o de oficio, se iniciará el proceso de adopción.

Si es a pedido de parte, la petición de adopción deberá cumplir con los requisitos establecidos en artículo 348 (Forma de la demanda en los procesos individuales). De la presentación se dará aviso al ministerio público. La jueza o juez podrá ordenar, de oficio, la producción de medidas de prueba complementarias.

Si el proceso se inicia de oficio, a pedido del organismo administrativo de protección o del ministerio público, la jueza o juez ordenará las medidas probatorias que estime pertinentes, intimará a las personas guardadoras para que, en el plazo de 10 días acompañen la prueba documental y ofrezcan la restante, y avisará al ministerio público.

<sup>30</sup> Artículo 181. Acceso a justicia gratuita automático. En los procesos individuales o colectivos que involucren conflictos de consumo, medio ambiente, y en los procesos de familia excepto aquellos que contengan un interés exclusivamente económico o patrimonial, la parte actora gozará de acceso a justicia gratuita automático y, por lo tanto, no tendrá obligación de pagar la tasa de justicia.

Para los casos en que, de conformidad con lo establecido en la norma de fondo, el proceso se inicie de oficio, a instancias de la autoridad administrativa o del ministerio público, el artículo 583 establece una intimación a las partes para que acompañen la documentación y ofrezcan la prueba pertinente. Al respecto, cabe mencionar los interrogantes que plantea el inicio de un proceso de emplazamiento familiar sin la presencia y el impulso de las personas guardadoras.

En segundo lugar, cabe destacar el énfasis de los artículos 584 y 585 al reforzar el deber a cargo de las personas adoptantes de hacer conocer los orígenes a las personas adoptadas, y la necesidad de dejar constancia de ello en la sentencia (596 CCyC)<sup>31</sup>. La norma también agrega que la sentencia debe contar los datos filiatorios de origen. Sin embargo, al igual que la legislación vigente, el Anteproyecto no prevé ningún mecanismo para asegurar su cumplimiento.<sup>32</sup>

En tercer lugar, en concordancia con el artículo 595 inc f) CCyC y la legislación procesal comparada<sup>33</sup>, el artículo 584 establece el consentimiento que debe prestar la persona adoptada mayor a 10 años respecto de su propia adopción (595 inc f) CCyC).

Sobre el punto se ha sostenido que el consentimiento para la adopción se encuentra comprendido por los derechos a ser oído y a participar en el proceso del pretense

---

Este derecho será equiparable al acceso a litigar sin gastos cuando se trate de procesos colectivos, siempre que se configure alguna de las siguientes situaciones:

1) El grupo representado se encuentre conformado exclusivamente por personas en situación de vulnerabilidad.

2) El caso involucre derechos vinculados con la prestación de servicios públicos, salvo que la parte demandada sea una pequeña o mediana empresa o una cooperativa.

Al dictar sentencia definitiva, si la jueza o juez considera que hubo temeridad o malicia en el planteo de las pretensiones, podrá dejar sin efecto el acceso y la peticionaria deberá pagar los costos del proceso que le correspondan.

<sup>31</sup> Artículo 584. Prueba. Audiencia. Cumplida la vista al ministerio público, la jueza o juez ordenará la prueba ofrecida y fijará una audiencia dentro del plazo que considere pertinente para su producción. A esta audiencia deberá convocarse a las personas que ejercen la guarda con fines de adopción, a las personas declaradas en situación de adoptabilidad y al ministerio público.

En la audiencia, la jueza o juez hará saber a las partes las consecuencias legales de la adopción y sus distintas modalidades y efectos y las personas que ejercen la guarda con fines de adopción deberán manifestar expresamente su compromiso de hacer conocer sus orígenes a la o las personas adoptadas. Además, la persona a quien se pretenda adoptar, si es mayor de 10 años, debe prestar su consentimiento expreso para la adopción. En caso de negativa se adoptarán las medidas necesarias para garantizar su mejor interés.

Artículo 585. Sentencia. Concluida la audiencia, previo aviso al ministerio público, la jueza o juez dictará sentencia. La sentencia otorgará la adopción bajo la modalidad que considere más adecuada de conformidad con el interés superior de las niñas, niños o adolescentes involucrados. En la sentencia se dejará expresa constancia de los datos filiatorios de origen y del compromiso manifestado por los adoptantes de hacer conocer sus orígenes a la o las personas adoptadas.

La sentencia deberá inscribirse en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y se remitirá copia al Registro Central de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción.

<sup>32</sup> Ver Fortuna S. (2014), El derecho a conocer los orígenes en la adopción. A propósito del art. 596, proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, *Revista Derecho de Familia*, (nro. 64), mayo 2017, (p. 157).

<sup>33</sup> Artículos 648 Código Procesal Modelo CABA; artículos 117 y 119 de la Ley Procesal de Familia de Entre Ríos, 181 del Código Procesal de Familia de Río Negro; 205 del Código Procesal de Familia y de Violencia Familiar de Mendoza, entre otras

adoptado<sup>34</sup>. Sin perjuicio de ello, y de las normas que garantizan la participación plena y protagónica de la niña, niño o adolescente desde el inicio y en cada etapa del proceso de adopción, consideramos acertado reforzar la obligación de requerir su consentimiento en esta etapa del juicio de adopción.

Por último, lo más novedoso de esta etapa del proceso consiste en la incorporación de un plan de acompañamiento *post adoptivo*<sup>35</sup>.

Entendemos que esta regulación responde a la necesidad práctica de *continuar* con el apoyo y asesoramiento de los equipos interdisciplinarios y de los operadores “el día después”. En virtud de ello y de la necesidad de resguardar la autonomía e intimidad familiar, consideramos acertados los límites que establece la norma al prever que esta instancia se despliegue sólo a pedido de parte y con un límite temporal que no podrá exceder de 1 año.

### ***Palabras finales***

La legitimidad de los procesos de integración familiar por adopción reclama una estructura capaz de conjugar el fortalecimiento de las condiciones materiales para brindar apoyo y acompañamiento a las familias con un proceso adecuado, eficaz y oportuno.

En tal sentido entendemos que el robustecimiento de las garantías, la organización de las intervenciones interdisciplinarias y los mecanismos para atenuar los efectos del paso del tiempo contenidos en la regulación proyectada aportan un buen punto de partida.

---

<sup>34</sup> Kemelmajer de Carlucci, A. - Molina de Juan, M., La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial, cita online: AR/DOC/3850/2015.

<sup>35</sup> Artículo 586. Acompañamiento. Firme la sentencia de adopción, la jueza o juez podrá, a pedido de la persona o personas adoptantes, elaborar un plan de acompañamiento familiar que tenga por objeto colaborar con la preservación de las condiciones psicoafectivas de posibilidad para la consolidación del proceso de vinculación, con el apoyo y orientación del equipo técnico, que no podrá extenderse por un plazo mayor a un año.



# SALUD MENTAL Y CAPACIDAD

## Actualización de las normas procesales en clave de Derechos Humanos

*Daniela Fico (UBA)*

### **Introito**

El proceso de transformación que atravesó nuestro país en las últimas décadas, generó la consolidación de un cambio de paradigma que implicó no solo el reconocimiento, sino también la promoción y la protección de los derechos humanos como pilar fundamental en la diagramación de las políticas públicas implementadas por el Estado en torno a la Salud Pública, y en especial a la Salud Mental.

La aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – en adelante CDPD– mediante la ley N° 26.378<sup>1</sup>, ha introducido importantes modificaciones dentro del sistema de capacidad argentino, que nos obligan a reinterpretar nuestra legislación a la luz del modelo social de discapacidad. Asimismo, la Convención <sup>2</sup> se ha visto reforzada, a nivel interno, por la sanción de la ley 26.657<sup>3</sup> de Salud Mental, la cual recepta la mayoría de sus principios y valores, y cuya piedra fundamental es el reconocimiento del derecho de todas las personas de participar plena y efectivamente en la sociedad, en igualdad con las demás.<sup>4</sup>

En este sentido, la sanción de la Ley N° 26.657<sup>5</sup> de Salud Mental y su Decreto Reglamentario N° 603/2013<sup>6</sup> constituyeron un hito fundamental en el proceso de inclusión de las personas con padecimientos mentales, ya que implantaron una serie de novedades en la consideración de la salud mental, y de las prácticas inherentes a su campo.

---

<sup>1</sup> Sancionada el 21 de Mayo de 2008, promulgada el 6 de junio de 2008.

<sup>2</sup> Téngase presente que el art. 75 Inc. 22 párrafo 1º de la Constitución Nacional otorga a los Tratados Internacionales jerarquía suprallegal, ubicándolos por sobre las leyes locales, pero debajo del bloque de constitucionalidad.

<sup>3</sup> Sancionada el 25 de Noviembre de 2010. Promulgada el 2 de Diciembre de 2010.

<sup>4</sup> OLMO J. P.-MARTÍNEZ ALCORTA J. A. (2011). Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: medidas de apoyo y de Salvaguardia. Propuestas para su implementación en el Régimen Jurídico Argentino. *Revista de Derecho de Familia*. Abeledo Perrot (49) (pp. 40 y 41).

<sup>5</sup> Sancionada el 25/11/2010 y promulgada el 2/12/2010.

<sup>6</sup> Del 28/05/2013; Boletín Oficial 29/05/2013.

Sin duda alguna, la norma referenciada generó cambios profundos en las relaciones entre los distintos actores que forman parte del campo de la salud mental, procurando el pasaje de una lógica tutelar a un enfoque de derechos no solo en términos teóricos, sino también prácticos; y garantizando el reconocimiento y la construcción activa de cada persona como titular indiscutible de sus derechos, independientemente de cual sea su situación de salud.<sup>7</sup>

Tanto la CDPD como la Ley Nacional de Salud Mental, se inscriben en el cambio de paradigma que reconoce a todas las personas como sujetos de derecho, cuestionando así la visión histórica tutelar, siendo uno de los ejes primordiales la promoción de abordajes interdisciplinarios e intersectoriales, basados en la comunidad, entendiéndose por ello que la definición respecto de los cuidados necesarios en salud mental involucra la participación de usuarios/as y familiares.

De este modo, el plexo normativo es un punto de inflexión histórico para instalar una transformación progresiva en el sistema de salud mental sobre la base de considerar que no hay salud mental sin concreción de derechos humanos.

En la actualidad, es indudable que la salud mental es una cuestión de derechos humanos, incluso pareciera ser esta una afirmación difícilmente cuestionable.

Sin embargo, hasta hace poco tiempo, la mirada que se tenía partía desde una concepción diferente, que no llegaba a comprender la complejidad social de este fenómeno. Si bien puede afirmarse que las respuestas sociales y jurídicas en torno a la salud mental han ido fluctuando, las ideas positivistas e higienistas, en algunos ámbitos coexisten con una perspectiva social.

La introducción del Modelo Social de la Discapacidad como paradigma, ha traído consigo un sinnúmero de desafíos; entre ellos, la necesidad de equilibrar, por un lado, el derecho de las personas con discapacidad mental de participar en las decisiones de su propia vida, y asumir las responsabilidades; y por otro, el derecho a recibir protección adecuada de parte del Estado. En este sentido, ambas normativas han otorgado visibilidad a un sector vulnerable de la población, que ha sido históricamente silenciado y excluido. Se abre un nuevo camino, que se debe transitar teniendo como norte los derechos humanos y el reconocimiento de la igualdad entre todas las personas.

Con este norte, el Código Civil y Comercial de la Nación incorporó reformas innovadoras en el sistema de capacidad argentino dentro de las que se incluyeron normas de

---

<sup>7</sup> Mesa Federal de Salud Mental, Justicia y Derechos Humanos. (2014). *Prácticas Inclusivas en Salud Mental y Adicciones con Enfoque en Derechos Humanos*. 1a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo – INADI.

procedimiento. Por lo que resulta necesario e imprescindible armonizar este plexo normativo con las normas procesales de los Códigos de forma que han quedado desactualizadas y resultan, en muchos casos, hasta contradictorias entre sí.

En este sentido, la CIDH ha sostenido recientemente en el caso “Guachalá Chimbo y otro c. Ecuador” que es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones normativas o de facto sean desmanteladas. Por tanto, es necesario que promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras.<sup>8</sup>

### **Proceso de control de legalidad de las internaciones sin consentimiento**

Una de las grandes carencias de los Código Procesales es la incorporación de normas referidas a las internaciones involuntarias o sin consentimiento por razones de Salud Mental. El Código Procesal Civil y Comercial Provincial actual, contiene escasas reglas, que son totalmente contradictorias<sup>9</sup> al Modelo Social de Discapacidad, y no respetan recaudos básicos establecidos en la CDPD, la Ley de Salud Mental y el Código Civil y Comercial. Entre ellos: 1) que la internación esté fundada en una evaluación de un equipo interdisciplinario de acuerdo, que señale los motivos que la justifican y la ausencia de una alternativa eficaz menos restrictiva de su libertad; 2) que procede ante la existencia de riesgo cierto e inminente de un daño de entidad para la persona protegida o para terceros; 3) que deber ser considerada un recurso terapéutico de carácter restrictivo y por el tiempo más breve posible, debiendo ser supervisada periódicamente; 4) que debe garantizarse el debido proceso, el control judicial inmediato y el derecho de defensa; 5) que la sentencia que aprueba la internación debe especificar su finalidad, duración y periodicidad de la revisión.

El Anteproyecto trae la incorporación de normas relativas a los procesos de control de legalidad de internaciones por razones de salud mental, similares a los procedimientos establecidos en la Ley de Salud Mental a partir de su artículo 20, haciendo hincapié en tres cuestiones que consideramos fundamentales.

Por un lado, la necesidad de establecer plazos razonables que no tornen ineficaces ni abusivas las medidas de protección que se adoptan respecto las personas involucradas, y que su condición de vulnerabilidad hace necesarias, evitando así, una afectación a sus derechos. En este sentido, debemos destacar que las situaciones de vida de las personas se ven indefectiblemente modificadas por el paso del tiempo y, en muchos casos, ello

---

<sup>8</sup> CIDH, *Guachalá Chimbo y otros c. Ecuador*, 26/03/2021.

<sup>9</sup> Ver Artículos 623, 624 y 630 del CPCCBA, los que establecen un régimen tutelar de la internación involuntaria, recayendo en la discrecionalidad del Juez la posibilidad de ordenar la internación como así también los plazos para la fiscalización del régimen de internación.

termina consolidando un estado de cosas, debiendo en este tipo de procesos prestarse particular atención al factor tiempo, mediante el fomento de la celeridad de las decisiones. El retardo de justicia implica una estigmatización y judicialización innecesaria de la vida de las personas.<sup>10</sup> De este modo, el Anteproyecto establece que los plazos y reglas no previstas en el Capítulo serán las establecidas para los procesos sumarísimos, además de establecer plazos específicos no solo para la judicatura sino también para los servicios de salud, sean estos públicos o privados.

Por otro lado, la importancia del respeto por el debido proceso y el derecho de defensa, lo que permite una participación igualitaria de la persona afectada en los procesos donde sus derechos se vean involucrados, reconociéndose así el principio fundamental de la capacidad jurídica y eje de la CDPD, que es el “igual reconocimiento como persona ante la ley”.<sup>11</sup> Sostiene Alfredo Jorge Kraut<sup>12</sup> que hoy el Juez es garante de la legalidad de un internación en tanto se cumplan los recaudos de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad. El control judicial inmediato y el derecho de defensa mediante asistencia jurídica significan una importante innovación, que procuran poner fin a los encierros sine die, constituyendo una verdadera garantía de la dignidad humana.

Por último, la necesidad de criterios interdisciplinarios en la internación. En este aspecto, el Proyecto, siguiendo la Ley de Salud Mental, exige a los fines de la internación una evaluación interdisciplinaria previa, que señale los motivos que la justifican como así también la ausencia de una alternativa eficaz menos restrictiva de su libertad. De esta forma, se tiende a desjudicializar la salud mental, dejando las decisiones en manos de los equipos de salud, pasando la justicia a tener un rol de garante de derechos de las personas en situación, a menos que las autoridades sanitarias se nieguen a recibir a la persona cuando existen criterios de internación.<sup>13</sup>

### **Proceso de determinación de la capacidad jurídica**

Respecto de los procesos de determinación de la capacidad jurídica, el Anteproyecto trae diversas innovaciones respecto el Código Procesal actual, que intentan la armonización de la legislación de forma, con las normas de fondo.

Si bien, en este aspecto el Código Civil y Comercial ha incorporado ciertas normas procesales en el título correspondiente a la capacidad jurídica, como la necesidad de un abordaje interdisciplinario y la concreción del principio de inmediatez entre el Juez y la

---

<sup>10</sup> CELS. (2018). *Principios de Interpretación del Modelo de Capacidad Jurídica y del sistema de apoyos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*. Recuperado de [www.cels.org.ar](http://www.cels.org.ar)

<sup>11</sup> Kraut, A.J. (2020). Salud Mental: Internación Involuntaria en Kraut, A. J. (Director), *Derecho y Salud Mental*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni. (p. 364).

<sup>12</sup> Kraut, A.J. (2020). Salud Mental: Internación Involuntaria. en Kraut, A. J. (Director), *Derecho y Salud Mental*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni. (p. 400).

<sup>13</sup> Kraut, A.J. (2020). Salud Mental: Internación Involuntaria en Kraut, A. J. (Director), *Derecho y Salud Mental*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni. (p. 403).



persona en situación a través de una entrevista, el proyecto busca fijar pautas comunes a los fines de lograr una unificación procesal en los Juzgados bonaerenses, que hoy llevan adelante los procesos a través de interpretaciones propias de las normas procesales incorporadas en el Código Civil y Comercial, que en ocasiones resultan un poco vagas.

Nuevamente, resulta interesante resaltar algunos aspectos del Anteproyecto que por su actualidad deben ser considerados a la hora de realizar un análisis de la nueva normativa procesal.

Respecto de la garantía del “plazo razonable”, el proyecto establece en su artículo 622 que los plazos no previstos en el título serán los establecidos para los procesos sumarísimos, traduciéndose así la voluntad de lograr celeridad en las decisiones relativas a la determinación de la capacidad de las personas. Como hemos mencionado con anterioridad, en los procesos sobre capacidad se decide sobre la vida de las personas, por lo que se debe prestar particular atención al factor tiempo, teniendo en cuenta que el dinamismo propio de la vida altera las conclusiones a las que pudo llegarse en un momento determinado.<sup>14</sup>

Ello en el entendimiento, que el retraso de las decisiones judiciales puede generar afectaciones significativas, irreversibles e irremediables a los derechos de las personas vulnerables.

Otro punto a resaltar es respecto del “Derecho de Defensa” de la persona por la que se inicia el proceso de determinación de la capacidad. En este sentido, es primordial a los fines de ejercer su derecho de defensa que se encuentre debidamente notificada de algunos actos procesales que resultan fundamentales para el proceso de restricción de la capacidad, independientemente de la notificación que se haga a su abogado o defensor en el domicilio procesal constituido. Así el art. 623 el Proyecto establece la obligatoriedad de notificar en forma personal a la persona en cuyo beneficio se realiza el proceso de ciertas resoluciones, como las que disponen dar curso a la petición, los informes interdisciplinarios, la citación a la entrevista, la sentencias que decidan sobre la declaración de capacidad restringida, incapacidad o su cese y las medidas cautelares que puedan disponerse durante el proceso. El artículo habilita al Juez a notificar cualquier otra resolución o proveído que pueda resultar de importancia para el proceso particular.

---

<sup>14</sup> CELS. (2018) Principios de Interpretación del Modelo de Capacidad Jurídica y del sistema de apoyos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de [www.cels.org.ar](http://www.cels.org.ar)

Otro aporte interesante que trae consigo el Anteproyecto en su art. 625, es la posibilidad de la persona en cuyo beneficio se promueve el proceso de oponerse a la declaración y ofrecer prueba en cualquier estado del proceso. Por lo que no nos encontramos frente a un proceso contradictorio, donde el principio de preclusión pone un límite de tiempo a los actos procesales, generando la pérdida o extinción de ciertas facultades; sino que estamos frente a un proceso que permite que la persona en situación pueda participar respetándose su derecho de defensa en juicio.

Esta posibilidad no es más que una aplicación en el plano procesal de los llamados “ajustes razonables”, entendidos estos como aquellas modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. Misma solución trae el art.629 al establecer la inclusión de los ajustes razonables para el desarrollo de la entrevista personal que el Juez debe mantener con la persona en situación. En este sentido, el contacto personal con la Jurisdicción no puede pensarse de forma aislada, sino en el marco de un proceso donde la accesibilidad comunicacional y los ajustes razonables estén garantizados.<sup>15</sup>

En relación a la interdisciplinariedad, las evaluaciones que se concreten dentro del expediente deben proveer elementos para el dictado de la sentencia, debiendo los profesionales intervinientes aportar toda la información relativa a la determinación de las necesidades de apoyo y el diseño de sistemas adecuados para abordarlas. El Anteproyecto lo aborda en diversos artículos, estableciendo incluso, los puntos sobre los que debe expedirse el Equipo de la manera más precisa posible en el art. 627. De esta forma, el Anteproyecto busca que el dictamen interdisciplinario no se expida sobre aspectos vagos, generales, subjetivos y/o íntimos de la vida de la persona en cuestión, que no hagan estrictamente a su ejercicio de la capacidad para actos específicos, debiendo explorar en profundidad los recursos personales, familiares, comunitarios y sociales existentes, disponibles, potenciales y requeridos por la persona. Por lo que la evaluación interdisciplinaria debe proveer un análisis psicosocial y socio-comunitario contextualizado de la situación.

Un último punto que nos parece importante resaltar, pero no menos importante es el relacionado con la Provisoriedad de las sentencias de capacidad. El Anteproyecto siguiendo la Ley de Salud Mental y el Código Civil y Comercial, establece el plazo trienal para la revisión de la sentencia, pudiendo tener lugar dicha revisión en cualquier momento a instancia de la persona en cuyo beneficio se tramitó el proceso. Por otro

---

<sup>15</sup> CELS. (2018) Principios de Interpretación del Modelo de Capacidad Jurídica y del sistema de apoyos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de [www.cels.org.ar](http://www.cels.org.ar)

lado, también se establece la posibilidad de modificar los apoyos designados a instancia de la persona en situación o del Ministerio Público mediante el trámite previsto para los incidentes.

### **Colofón**

En las últimas décadas se incorporaron importantes instrumentos de derechos humanos a nuestro ordenamiento, entre ellos la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Asimismo, se han sancionado la Ley Nacional de Salud Mental y el Código Civil y Comercial de la Nación, siendo ambos cuerpos legales los que se encuentran en mayor sintonía con los instrumentos internacionales de derechos humanos y con la Constitución Nacional.

Estos importantes cambios normativos de fondo, no se vieron reflejados en las normas procesales, por lo que resulta imperioso adoptar medidas de accesibilidad y realizar los ajustes de procedimiento necesarios para garantizar una participación efectiva de la persona titular de la capacidad jurídica en el proceso a la luz de los Derechos Humanos.

<sup>16</sup> Ello, es lo que pretende el Anteproyecto de Código Procesal de Familias, Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires

Desde esta perspectiva, el Estado a través de todos sus poderes debe tomar un rol protagónico, ya que a través de nuestras prácticas, desde el lugar que cada uno ocupa según sus responsabilidades, podemos incluir albergando la diversidad, fruto del reconocimiento del principio universal de dignidad humana, y generar alternativas que afecten lo menos posible las libertades individuales.

En este sentido, ha dicho la CIDH<sup>17</sup> que las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad.

Es en el devenir de la práctica donde se presenta su carácter inclusivo. En este marco, este proceso requiere de la implementación progresiva, responsable y concreta de la Ley Nacional de Salud Mental con la creciente participación de toda la ciudadanía, y alentar así todas aquellas prácticas que encuentran un enlace posible entre la salud y los derechos humanos.

---

<sup>16</sup> CELS. (2018). Principios de Interpretación del Modelo de Capacidad Jurídica y del sistema de apoyos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de [www.cels.org.ar](http://www.cels.org.ar)

<sup>17</sup> CIDH, *Guachalá Chimbo y otros c. Ecuador*, 26/03/2021.



# **EL PROCESO DE ALIMENTOS EN EL ANTEPROYECTO**

## **Reflexiones parciales y preliminares sobre el proceso de alimentos en el Anteproyecto del Código Procesal de Familias, Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires**

*Mariana Julieta Fortuna (UBA)*

### **Introducción**

En este brevísimo comentario intentaré abordar solo algunas de las tantas cuestiones que involucra la regulación del proceso de alimentos en el Anteproyecto. Dentro de las varias innovaciones, se destaca que importan una necesaria adecuación a las normas incorporadas al Código Civil y Comercial de la Nación –en adelante CCyC– vigente hace casi 6 años y, por razones de tiempo y espacio, me centraré, en las primeras tres secciones: reglas generales, alimentos provisorios y cuota extraordinaria.

Como es sabido, el CCyC introdujo importantes modificaciones e incorporaciones en el derecho privado, que alcanza en todos sus espacios al Derecho de Familia. En lo que a este preliminar y somero análisis interesa, guardan relación las disposiciones generales en materia de procesos de familia, así como aspectos sustanciales de la obligación alimentaria en si que sin dudas inciden en forma directa en el aspecto procesal.

De este modo, la tarea encarada en el anteproyecto del CPFCC no solo se encarga de armonizar disposiciones del Código de procedimiento local con la ley Nacional<sup>1</sup> sino,

---

<sup>1</sup> En particular, la obligación alimentaria que tiene como origen el vínculo entre padres e hijos, posee características propias y su fuente es, tal como se ha ubicado en el articulado, la responsabilidad parental. Así se establecía en los arts. 265, 267, 268 y cctes. del reformado Código Civil que hoy encuentran su correlato en el Código Civil y Comercial -con una mejor sistematización- en los arts. 658 (gravitando la obligación sobre ambos padres aunque, agrega, el cuidado esté en cabeza de sólo uno de ellos, y de acuerdo a su condición y fortuna), art. 659 (regula el contenido de la obligación agregando, los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio) y art. 660 (que, con acierto, recepta el criterio jurisprudencial

fundamentalmente, esquematiza dentro de un proceso específico –el sumarísimo o simplificado según el caso si se tratare de la cuota extraordinaria– el reclamo alimentario. A más de la especificidad, la regulación se estructura de un modo breve y sencillo en lo que hace al lenguaje utilizado, que además lo es en clave de neutralidad.

### **Principales modificaciones en el proceso. Disposiciones generales**

Del análisis del marco normativo sobre el que se estructura el proceso de alimentos un rasgo inicial que importa destacar es que mantiene su regulación como un proceso especial tal como se encuentra legislado actualmente en el CPCC PBA en los arts. 635 a 648 (Conf. Art. 592) más allá de la remisión general al proceso sumarísimo o simplificado regulado en el primer caso en el art. 533 y en el segundo a partir de los arts. 517 y stes., dándole características propias.

Como cualquier proceso, **la demanda** debe cumplir con las normas generales que hacen a la legitimación y competencia, así como a las que se remite el art. 594. La norma exige la denuncia de ingresos tanto de quien demanda como de la persona demandada, si los conociere. Ello replica de algún modo el actual requerimiento de la denuncia del caudal económico de quien sea demandado al que se agrega la denuncia de los ingresos de quien promueve la demanda, aspecto este último sobre el que deberá versar la prueba que se produzca.<sup>2</sup>

Seguidamente el art. 596 incorpora una regla novedosa para el proceso de alimentos que, como es sabido dado la celeridad del trámite y esencia asistencial de que se nutre, no se ha contemplado en líneas generales en los Códigos de procedimientos.

En tal sentido, la contestación propiamente dicha de la demanda no existió hasta ahora en esta clase de procesos. Actualmente se autoriza la intervención de la parte demandada a quien, tras la fijación de una audiencia, se le permite ofrecer determinadas pruebas sobre las que podrá introducir alguna argumentación controversial oponiendo defensas o citando a otros obligados a comparecer al proceso.

---

ampliamente mayoritario de computar y valorar el aporte del progenitor que se encuentra al cuidado del/los hijo(s). Finalmente, extiende –no con grandes diferencias en cuanto a su alcance respecto del art 265– la obligación hasta los 21 años en general (art. 658 citado, segundo párrafo) y hasta los 25 en el caso que el hijo se capacite (art.663) modificando sustancialmente en este caso lo relativo a los presupuestos que sirven de base). Asimismo, se regulan expresamente los alimentos derivados del matrimonio y divorcio (arts. 431 a 434, 439), los derivados del parentesco (art. 537 a 554) y el deber alimentario del progenitor afín (art. 676).

<sup>2</sup> En todos los supuestos en los que se demandare una prestación alimentaria –sea derivada de la responsabilidad parental, del divorcio o con fuente en el parentesco– es de relevancia no solo la mención que pudieren hacer las partes de los ingresos de ambas sino fundamentalmente lo que resulte probado. Se advierte en algunos supuestos como solo a título de ejemplo, la previsión del art. 666 del CCyC que, la denuncia de los ingresos y la prueba al respecto será una pauta relevante a la hora del pronunciamiento definitivo. Lo mismo ocurre en el caso de los alimentos derivados del matrimonio tanto en el caso de la separación de hecho como los fundados en la extrema necesidad del reclamante o por ejemplo a los fines de la citación de otros obligados al pago en la prelación que enuncia el art. 537 CCyC.

Es dable recordar que el Código Procesal Civil y Comercial organiza un procedimiento especial estableciendo ciertos recaudos para asegurar la brevedad del litigio. Pero, debe tenerse presente que tanto en doctrina como en jurisprudencia se ha ido morigerado el alcance de la norma en pos del derecho de defensa en juicio y estos principios han sido recogidos por el legislador.<sup>3</sup>

De allí, esta participación si se quiere limitada, que le permite ser oído y presentar las pruebas que autoriza el actual art. 640 del Código Procesal, lo será en la medida que no se desnaturalice la esencia del pleito<sup>4</sup> verificándose en el Anteproyecto, en este aspecto, una modificación sustancial.

Siguiendo –reitero– las normas del proceso sumarísimo a las que remite, se prevé un traslado por el plazo de 5 días (art. 533 inc. 2) y contestado el mismo, teniendo ya a la vista la postura asumida en el proceso por cada una de las partes, en su caso si se citaren terceros co obligados al pago o con un orden preferente según el caso, y fundamentalmente con la denuncia de los ingresos denunciados por ambas partes, se establece recién allí la celebración de la audiencia preliminar, a realizarse como también se establece en el código vigente, dentro de un plazo breve (5 días).

Se prevé específicamente la facultad de citar al niño, niña o adolescente en cuyo caso entiendo que, tratándose de una cuestión de carácter eminentemente patrimonial, deberá ser acotada y para el caso de que se adviertan razones para citar a comparecer al beneficiario de la prestación evitando así un sobre involucramiento en una cuestión que en principio puede serle ajena.

La omisión de las normas específicas referidas a la incomparecencia actualmente vigentes, que disponen distintos supuestos según se trate de la incomparecencia a la audiencia preliminar tiene sentido por su poca utilidad práctica si se quiere, eliminándose específicamente el supuesto de desistimiento actualmente vigente en el art. 638 CPCBA y porque, por lo demás, al establecer ahora un formal traslado de demanda resulta innecesario establecer sanciones específicas frente a la incomparecencia a la audiencia. Finalmente, aun cuando no esté contenido en las disposiciones específicas del proceso de alimentos, podría eventualmente acudir a lo

---

<sup>3</sup> Ver entre otros, Morello A. M. (1995). *Juicios Sumarios II. Alimentos*. Librería Editora Platense, 3ra edición. (p. 131); Fenochietto C. E. (2001). *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, T. III. Astrea, 2da Edición. (p. 472); Converset J. M. El demandado en el juicio de alimentos. Actuación y prueba en *El Derecho* (126 – 873); Otero M. C. (2001) Tendencias actuales sobre ofrecimiento y producción de prueba en el juicio alimentos, *Jurisprudencia Argentina (IV-856)*; Pagés H. H. (2009). *Proceso de alimentos*. Astrea. (p. 78); Arazi R. (2018). *Derecho procesal Civil y Comercial*, T. II. Rubinzal Culzoni, 4ta edición. (p. 340 y stes).

<sup>4</sup> Bossert G. (2006). *Régimen Jurídico de los Alimentos*. Astrea. (p. 342); Fenochietto C. E. - Arazi, R. (1983), *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Astrea. Comentario art. 643 y citas.

dispuesto en las normas generales sobre incomparecencia a las audiencias (art. 197 y ccs).

Ahora bien, en lo tocante a la **citación de terceros** a la que referí más arriba una diferencia que se establece en el citado art. 595 en el particular trámite del proceso de alimentos es lo concerniente a la citación de aquellos ya que, al igual que en CPCCN, en el Código actualmente vigente no hay una previsión específica respecto de la citación de terceros en el marco del juicio de alimentos, aun cuando pueda acudir al arts. 90 y stes. del CPCCBA.

No obstante, conforme la redacción de los arts. 537, 546 y 668 del CCyC la inclusión de una norma específica –aun cuando en sus términos replique los efectos de la actualmente vigente– resulta saludable<sup>5</sup> y máxime que la citación de terceros a juicio o planteos referidos a la legitimación lo deberán ser en el marco de lo normado por el art. 593.

Es que, cuando dos parientes se encuentran en el mismo grado en relación alimentista, ambos se encuentran obligados a la prestación. De tal manera, compete al pretensor la opción de plantear su reclamo indistintamente contra uno, algunos o todos los obligados en idéntico grado. Consecuentemente es el demandado quien debe probar la existencia de otros parientes que, se hallarían en mejores condiciones para proporcionar los alimentos.<sup>6</sup> En efecto, en cualquiera de los supuestos, los alimentos son debidos por los que están en mejores condiciones para proporcionarlos. Si dos o más de ellos están en condiciones de hacerlo, están obligados por partes iguales, pero él o la juez/jueza puede fijar cuotas diferentes según la cuantía de los bienes y cargas familiares de cada obligado.

No debe perderse de vista que tanto la citación de terceros como la conformación de un litisconsorcio en este tipo de procesos, han sido en líneas generales escasamente admitidas<sup>7</sup> pero lo cierto es que, si se reclama a varios obligados, el demandado puede citar a juicio a todos o parte de los restantes, a fin de que la condena los alcance.

---

<sup>5</sup> Desde antaño se consideró que el pariente de igual grado demandado por alimentos podría, en el juicio, probar que no se halla actualmente obligado por existir otros parientes en mejores condiciones económicas – ver en: Bossert, G. A. (2006). *Régimen jurídico de los alimentos*. Buenos Aires: Astrea, 4ta reimpresión, (p. 256); Famá, M. V. (2014) Los alimentos derivados del parentesco y los debidos a los hijos mayores de edad en el Proyecto de Código Civil, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley*. Cita online: AR/DOC/286/2014–. Tal posición ha sido receptada de manera expresa por el CCyC, que en su art. 546 establece: “Incumbe al demandado la carga de probar que existe otro pariente de grado más próximo o de igual grado en condición de prestarlos, a fin de ser desplazado o concurrir con él en la prestación. Si se reclama a varios obligados, el demandado puede citar a juicio a todos o parte de los restantes, a fin de que la condena los alcance”.

<sup>6</sup> Fallo completo publicado en *Jurisprudencia Argentina - Abeledo Perrot*, (2012), (III) (p.59); CNCiv., Sala B, G., F.C. c/ I.T., M.E.C. s/ ALIMENTOS, 12/03/12; CNCiv., Sala L, nro. 89564/2017, 26/02/2019 inédito.

<sup>7</sup> Véase análisis en, Guahnon, S. V. Juicio de alimentos en el Código Civil y Comercial, *La Ley*, 25/03/2015, cita online: AR/DOC/757/2015.



Seguidamente, las normas referidas a la **retroactividad de la sentencia, alimentos devengados, establecimiento de cuota suplementaria y modo del cumplimiento de la prestación**, no ofrecen mayores dificultades por cuanto importan una contemporización con las previsiones que al respecto se han legislado en el CCyC. Va de suyo que la posibilidad de reclamar los alimentos devengados durante el curso del proceso que se ubica en el art. 598 solo podrá serlo una vez que la sentencia de primera instancia hubiere alcanzado firmeza y que, por otro lado, por principio general, el monto de la cuota suplementaria devengará intereses de acuerdo con el principio general del art. 552 del CCyC.<sup>8</sup>

En orden a la distribución de las **costas** resulta razonable la incorporación del art. 600 con una previsión específica, haciéndose eco del criterio doctrinario y jurisprudencial vigente en materia de costas en los procesos de alimentos.

Es que, sobre el punto se ha sostenido que lo contrario significaría gravar la cuota fijada al tener que soportar la alimentada los gastos causídicos que, a la postre importe una disminución en la cuota destinada a cubrir con sus necesidades. Tal conclusión no se ve alterada por el hecho de que las partes llegaran a una conciliación, pues el supuesto rige tanto en los casos de determinación judicial o voluntaria.<sup>9</sup>

De allí que, salvo acuerdo expreso acerca de este tópico en contrario, en todos los supuestos –sea que se arribe a sentencia, a través de un convenio en la audiencia preliminar o en cualquier momento antes de la sentencia, acerca del monto y alcance de la prestación– las costas han de pesar sobre el alimentante.

Respecto del supuesto excepcional de su carga por la actora debe a mi juicio hacerse una salvedad para casos particulares en que, aun cuando se rechace la demanda la parte pudo haberse creído legítimamente habilitada a accionar y *además* no se verifique una nota de abuso en el ejercicio de su derecho.

---

<sup>8</sup> El diferimiento del pago de la suma adeudada, aun en concepto de alimentos devengados durante el curso del proceso, debe ser compensado mediante la fijación de una tasa de interés que retribuya el uso del capital ajeno. Es que, de lo contrario, el valor adquisitivo de dicho importe podría verse sensiblemente afectado por los efectos de la inflación. Para evitar tal deterioro, nada impide que la deuda devengue un interés compensatorio que se compute hasta el efectivo pago, pues tales réditos son ajenos a toda idea de responsabilidad o indemnización, desde que tienen un carácter retributivo por el uso de un capital ajeno – ver en: Bossert, G. A. ob. cit., (p. 426); CNCiv., Sala A, *D. M. A. c. B., A. M.*, 30/03/1984, *La Ley* 1984B; CNCiv Sala L, nro. 2995878/2015, 29/03/2019; CNCiv., Sala A, *M. A., N. F. c/ F., F. J. s/ alimentos s/ art. 250 C.P.C. – inc. familia*, 18/07/2019, entre muchos otros–.

<sup>9</sup>; CNCiv., Sala E, *C., M. M. y otro c. A., E. L. s/ alimentos*, 20/03/2013, *La Ley*, cita online: AR/JUR/4439/2013; Cám. Apel. Civ., Com. y de Minería, San Juan, Sala III., *S., C. W. c. Z., S. J.*, 17/02/2010, cita online: AR/JUR/275/2010; Cámara de Apelaciones en lo Civ., Com. y Cont. Adm., 1a Nominación, Río Cuarto., *G., M. F. c. C., G. J. s/ Juicio de Alimentos*, 25/03/2015, *La Ley*, cita online: AR/JUR/12822/2015; Bossert, G. A. (2006). *Régimen jurídico de los alimentos*. (p. 370).

El carácter asistencial de la prestación alimentaria en supuestos específicos puede justificar un apartamiento del principio general si así lo aconseja e impone la justicia del caso. La claramente valiosa directiva destinada a proteger la incolumidad de la prestación alimentaria puede en casos concretos ceder si la reclamante pudo creerse con derecho a peticionar de la manera en que lo hizo. En tal supuesto las costas podrán ser impuestas por su orden o, en su caso, en distintas proporciones, pero no enteramente a quien demanda. Se ha acudido a esta solución bajo el argumento de "razones para litigar" que, al decir de Palacio, constituye una "fórmula provista de suficiente elasticidad que resulta aplicable cuando, por las particularidades del caso, cabe considerar que la parte vencida actuó sobre la base de una convicción razonable acerca del derecho defendido en el pleito".<sup>10</sup>

En materia de **apelación**, tomando como base justamente la naturaleza asistencial del reclamo, el art. 601 es mucho más amplio que su antecedente (art. 644 actual) ya que establece que toda resolución que imponga no solo prestaciones alimentarias, sino también, por ejemplo, el establecimiento de sanciones para hacer efectivo el cumplimiento o medidas tales como la retención de haberes, etc. serán apelables con efecto no suspensivo.

### ***Alimentos provisorios***

Como es sabido el Código Civil y Comercial de la Nación, en su art. 544, establece que, desde el principio de la causa por alimentos o en el transcurso de ella, el juez puede decretar la prestación de alimentos provisionales. También, claro está, podrán reclamarse en un proceso distinto, antes de la promoción de la demanda principal, en función de la urgencia y porque, justamente, poseen naturaleza cautelar (art. 602). En este último caso entiendo que acertadamente como lo dispone el artículo siguiente es aconsejable que se fijen por un plazo determinado.

Uniformemente se ha sostenido que la determinación de alimentos provisorios en beneficio de los hijos debe ser considerada con carácter de precautorio o cautelar, sea encuadrándola en la figura de la "medida anticipatoria" –"cautela material", "tutela satisfactiva interina" o "tutela anticipada"– dentro de la categoría general de lo que en la moderna doctrina se conoce como "procesos urgentes", cuya procedencia definitiva se juzgará al momento de dictarse la sentencia de mérito, o como cautelar innovativa, hasta tanto se dicte sentencia en el juicio de fijación de alimentos.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Palacio, L. E. (1977). *Derecho Procesal Civil*, Tomo III. Buenos Aires: Abeledo Perrot, (p. 373).

<sup>11</sup> Dutto, R. J. (2007). La medida autosatisfactiva en el proceso de familia, en AAVV *Medidas Autosatisfactivas*, Director Jorge W. Peyrano, Rubinzal Culzoni (p. 463 y sgtes) citado en CNCLv, sala J, S CR s/ incidente familia, 7/09/2017; CNCiv sala H, A. C., J. M. y otro c/ G. G., J. s/Filiación, 22-12-1016; CNCiv sala J M, M D L P c/ R, J M s/ART. 250 C.P.C - INCIDENTE FAMILIA, 19/3/2021 ; También, Molina de Juan, M. (2015). Alimentos a los hijos en el Código Civil y Comercial, en *La Ley Sup. Esp., Código Civil y Comercial de la Nación. Familia, filiación y responsabilidad parental*. (p. 157).

No resulta necesaria la previa sustanciación de la prueba ofrecida antes de la fijación puesto que resultan meramente estimativos de las necesidades impostergables para la subsistencia del peticionante y encuadrado en la figura de medida anticipatoria.

Al igual que toda medida cautelar, puede ser acogida inaudita parte una vez acreditada su verosimilitud.<sup>12</sup>

En este punto no es ocioso señalar que el establecimiento de una pensión alimentaria con carácter urgente es una medida cautelar que tiende a la tutela personal, es decir, tiene como fin resguardar la integridad física o psíquica de las personas. En efecto, como indica De Lázzari, la necesidad alimentaria impostergable no admite otra tutela que no sea la efectivización en forma inmediata a través del proceso cautelar.<sup>13</sup>

No es requisito el análisis de las condiciones socioeconómicas del alimentante y los alimentados, bastando lo que surja de los hechos expuestos en la demanda. Teniendo en cuenta que las necesidades de los NNyA o adultos con capacidad restringida o incapaces, por su condición de vulnerabilidad se presumen, que la *verosimilitud del derecho y el peligro en la demora* surge de la propia naturaleza de la petición se exige para todos los demás supuestos –alimentos entre parientes, cónyuge separados de hecho o ex cónyuge– el otorgamiento de contracautela (art 602).

Ahora bien, pueden darse no pocos supuestos en los que estén involucradas personas adultas y plenamente capaces, pero en un estado de necesidad o falta de medios tal que impide la mínima satisfacción de los requerimientos alimentarios. En función de ello, la urgencia de obtenerlos, imposibilidad de procurarse medios suficientes o la carencia de bienes importará en muchos casos no poder ofrecer otra contra cautela más que la juratoria.<sup>14</sup>

Es que, si la exigencia de contracautela se traduce en la imposibilidad de ejercer el derecho será, en el caso más extremo, una denegación de justicia contraria al principio de tutela judicial efectiva que debe primar en toda clase de proceso de familia sea que se trate de menores de edad o adultos, capaces, pero en estado de necesidad.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> Es que resultan aplicables al punto las normas que regulan las medidas cautelares. Entre muchísimos otros; Arazi, R. *El juicio de Alimentos en la Ley y La Jurisprudencia*, La Ley 1991-A-681 op. cit. (p 41), cita online: AR/DOC/6891/2001; Bossert, G. (2006). Régimen Jurídico de los Alimentos, cit. (p. 332)

<sup>13</sup> De Lázzari, E. (2000). *Medidas cautelares*, La Plata: Librería Editora Plantense. (p. 198); en igual sentido: Highton, E. I. - Areán, B. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. T. 12. Buenos Aires: Hammurabi. (p. 427).

<sup>14</sup> Aun en el marco de otro instituto se ha señalado respecto de la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la contracautela, que esta última, por ser una materia de familia, podrá ser juratoria o, en su caso, podrá no exigirse (Bermejo, P. (2017) La compensación económica en el juicio de divorcio: Proceso y negociación. *Revista de Derecho Procesal*, “Los contratos y el negocio jurídico procesal”, T. 2, (p. 216), cita online: 1934/2017.

<sup>15</sup> No puede obviarse que el nuevo ordenamiento al enumerar en el art. 706, entre los denominados principios generales de los procesos de familia, la tutela judicial efectiva, remarca en el inc. a) que las

Al respecto De los Santos indicó: “El derecho a la tutela judicial efectiva presenta contenidos plurales que se desenvuelven a lo largo del proceso ... Cuando aludimos al derecho a la tutela efectiva no circunscribimos el análisis al derecho de acción, pues para reunir las condiciones que se exigen a esa tutela, el derecho de acción debe complementarse con el derecho a obtener proveimientos adecuados y a los medios ejecutivos capaces de dar efectividad al derecho sustancial. Esa efectividad debe ser, además, oportuna y, en algunos casos, tener la posibilidad de ser preventiva...”<sup>16</sup>

De tal modo estimo que tal recaudo puede, en algún caso, ser excesivo o de imposible cumplimiento, por lo que debe observarse particular cuidado en la imposición de la contracautela y en su caso modalidad. Siendo los alimentos provisorios una suma destinada a subvenir las necesidades que no admiten demora podrá quizás fijarse una cuota modesta sin exigir contracautela, que sea impeditiva.

Aun cuando las necesidades –en los demás supuestos que no abarca la norma– no se presuman, la situación de vulnerabilidad puede estar dada por otras múltiples razones (violencia familiar, exclusión de cónyuge proveedor, violencia de género, sometimiento, edad avanzada y falta de medios, etc., solo por citar algún supuesto) y tal recaudo podría erigirse en contrario a la esencia o finalidad asistencial de los alimentos.

A todo evento, la necesidad o no de su fijación debe ser evaluada y juzgada en la oportunidad que se establece la prestación, sin que resulte admisible que la parte demandada, al notificarse, solicite se dejen sin efecto por faltar este recaudo, porque podría configurarse una situación abusiva. Obvio que siempre, quedará a salvo la apelación por su procedencia o monto.

Seguidamente, y con acierto, se establece que ocurre en el supuesto de **caducidad**, ello en tanto que como toda medida cautelar está sometida a un plazo genérico al que se remite (Conf. art 291).

---

normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables. En el mismo sentido, el art. 721 establece la facultad del juez para tomar las medidas provisionales necesarias para regular las relaciones personales entre los cónyuges y los hijos durante el proceso de divorcio o nulidad de matrimonio, o antes en caso de urgencia.

<sup>16</sup> De los Santos, M. A. (2016). Tutela judicial efectiva y cargas probatorias dinámicas. *La Ley*, cita online: AR/DOC/2533/2016. Continúa la autora citada señalando que “En síntesis, la garantía de la tutela judicial efectiva implica que el juez, como director del proceso, debe interpretar y aplicar la norma procesal de modo compatible con todos los aspectos que hacen a asegurar tutela efectiva. Ello involucra el deber de favorecer el acceso a la jurisdicción, en particular de los más vulnerables, velar porque la actividad procesal sea útil y facilite la actuación del derecho sustancial, en ocasiones, preventivamente. Asimismo, una vez dictada la sentencia, la tutela efectiva exige que el juez actúe con plena autoridad, adoptando las medidas necesarias para obtener el cumplimiento “in natura” del mandato judicial, asegurando la ejecución coactiva y eficaz”.

Específicamente se está brindando una respuesta a un supuesto que, en los hechos ocurre mucho. Innumerable cantidad de veces puede pasar que se fijen los alimentos por fuera del proceso principal. En este último caso es probable que el juez los fije hasta la sentencia y no se corre riesgo de que puedan “caer” por caducidad. No obstante, cuando se fijan dentro de otro proceso –por ej. en el marco de un proceso sobre denuncia por violencia familiar o en un proceso independiente sobre alimentos provisorios– los alimentos perdurarán “automáticamente” salvo que el alimentante se presente y solicite se intime a la contraria. La caducidad de la medida no será automática si no que solo podrá ser decretada si lo solicita la persona afectada y transcurren 30 días desde que fuera efectiva y debidamente notificada la parte actora.

### ***Alimentos extraordinarios***

En la tercera sección –y último objetivo de este breve trabajo– se establece que, para el supuesto de reclamo de **alimentos o cuota extraordinaria**, el proceso se regirá bajo las normas del proceso simplificado (Conf. art 517 inc. i), diferenciando el proceso del reclamo de cuota extraordinaria tanto del de alimentos como de los supuestos de aumento, disminución cese o coparticipación y ello tiene relevancia en tanto, en rigor la petición de cuota extraordinaria no requiere tanto desarrollo probatorio como éstos últimos. Acreditado el o los rubros específicos que podrían no estar cubiertos con la cuota, queda en condiciones de dictar sentencia.

No obstante la remisión a un proceso tan breve, cuando se inicien de manera conjunta, ya sea en el marco de un aumento de cuota o en un proceso de alimentos, se deberán sustanciar en el mismo proceso, dictándose una única sentencia.

### **Conclusiones**

Como se señaló al inicio, el proceso de alimentos que se regula en el Anteproyecto mantiene las notas características de los reclamos de esta naturaleza que, por su esencia asistencial, han de ser breves, acotados y orientados a la pronta satisfacción del derecho reclamado, manteniendo las garantías constitucionales del debido proceso y la adecuación a las normas a la legislación de fondo.



# RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

## Herramientas para una justicia efectiva en el Anteproyecto del CPFCC

Ana Belén Zacur (UBA/UNPAZ)

### Consideraciones preliminares sobre la restitución internacional

El proceso de restitución internacional es un procedimiento autónomo que tiene la finalidad de restituir inmediatamente a las niñas, niños y adolescentes al Estado de su residencia habitual cuando fueron trasladados o retenidos ilícitamente por uno de sus progenitores.

En estos procesos, el factor tiempo adquiere especial relevancia debido a la urgencia que caracteriza a estos casos y al interés de las niñas, niños y adolescentes en juego, principales víctimas del flagelo de la sustracción internacional.

El principal objetivo es restaurar el *statu quo* alterado, es decir, restablecer la situación anterior a la conducta ilícita por la que se modifica de forma unilateral la residencia habitual de la niña, niño o adolescente mediante su inmediata restitución a fin de que no se consolide la situación irregular a causa del transcurso del tiempo.<sup>1</sup>

El rápido retorno al Estado de la residencia habitual es uno de los ejes principales de los instrumentos internacionales vigentes en la materia en nuestro país: a nivel multilateral el Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores<sup>2</sup> –en adelante, el CH de 1980– y, a nivel regional, la Convención

---

<sup>1</sup> CSJN, R., M. A. c. F., M. B., 21/12/2010, Fallos 333:2396.

<sup>2</sup> Vigente en la República Argentina desde el 1/6/1991. Ver estado de ratificaciones en <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24>.

Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989<sup>3</sup> –en adelante, la CI de 1989–. Estos instrumentos han estructurado un mecanismo basado en la cooperación internacional a los fines de hallar solución a estos casos.<sup>4</sup>

En nuestro país, uno de los principales desafíos que se presenta para la aplicación eficiente de las convenciones es la eliminación de las demoras que se suscitan en la tramitación de los procesos judiciales.<sup>5</sup>

En definitiva, las demoras hacen que el tiempo de permanencia de la niña, niño o adolescente en el Estado de refugio tenga como consecuencia la integración y adaptación a su nuevo entorno, dificultando de este modo la ejecución de una futura y definitiva orden de retorno frente al nuevo desarraigo que ello implica.

Para superar este gran desafío, la cooperación jurídica internacional y el esfuerzo conjunto de las y los operadores que intervienen en el proceso: autoridades centrales, autoridades judiciales, abogadas/os, peritas/os y demás participantes se tornan imprescindibles. Asimismo, existe la imperiosa necesidad de adecuar el procedimiento a la urgencia que caracteriza a este tipo de casos, creando reglas procesales que permitan darles un tratamiento prioritario con la celeridad que merecen.

Así, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado –en adelante, HCCH– viene realizando a lo largo de los años una intensa labor de seguimiento respecto del funcionamiento e implementación del CH de 1980 en los Estados contratantes a fin de optimizar la eficiencia del mecanismo convencional. En consecuencia, se han elaborado nuevas herramientas que contribuyen al cumplimiento de los objetivos del CH de 1980<sup>6</sup>,

---

<sup>3</sup> Vigente en la República Argentina a partir del 15/02/2001. Ver estado de ratificaciones en <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-53.html>.

<sup>4</sup> El artículo 11 del Convenio del CH de 1980 establece que las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores. Así también dispone que, si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el demandante o la autoridad central del Estado requerido, por iniciativa propia o a instancias de la autoridad central del Estado requirente, tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora. En esta misma inteligencia, la CI de 1989, en su artículo 12, al referirse al trámite de las oposiciones al principio restitutorio, establece que ellas deben presentarse dentro del término de ocho días hábiles contados a partir del momento en que la autoridad tomare conocimiento personal del menor y lo hiciere saber a quién lo retiene. A nivel bilateral en nuestro país se encuentra vigente el Convenio Argentino-Uruguayo sobre Protección Internacional de Menores del 31 de julio de 1981. Este Convenio, cuya autoridad central de aplicación es el Ministerio de Justicia, si bien se encuentra vigente entre ambos países, ha sido desplazado en su aplicación por la Convención Interamericana.

<sup>5</sup> Las demoras obedecen a diversos factores y suelen producirse durante el transcurso del proceso, es decir, antes del dictado de la sentencia y también al momento de la ejecución de la decisión que ordena la restitución. Véase Castro, F. - Rubaja, N. (2018). Las demoras en la etapa de ejecución de las órdenes de restitución internacional de niños: su impacto en el interés superior del niño, *Revista Derecho de Familia*, Thomson Reuters (pp. 84-235).

<sup>6</sup> Guías de Buenas Prácticas: Parte I: Práctica de las Autoridades Centrales; Parte II: Medidas de ejecución; Parte III: Medidas preventivas; Parte IV: Ejecución; Parte V: Mediación; Parte VI: Grave riesgo y medidas de protección; Contacto Transfronterizo relativo a los niños; Bases de datos jurisprudenciales ([www.incadat.com](http://www.incadat.com)) y estadísticas, perfiles de país, Boletín de los jueces, Informe explicativo elaborado por



favoreciendo de este modo el desarrollo de la cooperación internacional en este ámbito.

En el año 2007, un grupo de expertos de la región convocado por la HCCH y el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y el Adolescente<sup>7</sup> elaboró la “Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños” –en adelante, Ley Modelo–.<sup>8</sup> Este instrumento de *soft law* constituye una herramienta de suma utilidad para que los Estados regulen, a nivel nacional, el proceso de restitución internacional de manera unificada.

Por su parte, la CSJN ha exhortado al Poder Legislativo a elaborar una regulación que se ajuste a la finalidad de las convenciones internacionales vigentes y permita cumplir con las obligaciones asumidas por nuestro país al suscribir dicho instrumento. En tal sentido, ha señalado que “[h]abida cuenta que las demoras en el trámite del proceso y el incumplimiento en exceso del plazo fijado por el Convenio de La Haya de 1980 son una característica constante en cada una de las causas sobre restitución internacional de menores, lo que perjudica el normal desenvolvimiento del proceso, dado que lo desnaturaliza al afectar en forma directa su finalidad, y provoca un mayor distanciamiento entre la niña, niño o adolescente y el entorno que tenía en el país de residencia habitual y, viceversa, generando un principio de arraigo en el país requerido, al tiempo que conduce a que en el procedimiento los interesados efectúen planteos que dificulten la decisión final de la causa y el retorno del menor, la Corte Suprema de Justicia de la Nación entiende imperioso exhortar al Poder Legislativo para que estime la necesidad o conveniencia de hacer uso de sus atribuciones para dictar una ley que se ajuste a la finalidad del Convenio de La Haya de 1980 y permita cumplir con las obligaciones asumidas por nuestro país al suscribir dicho convenio”.<sup>9</sup>

Tal como sostiene Goicoechea, solo restituyendo al niño en esos brevísimos plazos lograremos alcanzar los objetivos de las convenciones de restitución. De lo contrario, si el proceso se extiende, se pueden producir situaciones en las que se dicten sentencias jurídicamente sólidas, pero prácticamente inútiles, dado que el niño ya se adaptó al medio al que fue trasladado, probablemente tiene completamente desdibujada la imagen del padre o madre denunciante, con quien en muchos casos no tiene contacto

---

Pérez Vera, etc. Recuperado de: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction>.

<sup>7</sup> El grupo de expertos fue coordinado por Ricardo Pérez Manrique (Uruguay), y participaron del mismo: María Lilian Bendahan Silveira (Uruguay), Eduardo Cavalli Asole (Uruguay), Raquel Gonzalez (Estados Unidos), Graciela Tagle (Argentina), Dionisio Nuñez Verdín (México), Delia Cedenios Palacios (Panamá), y Luz María Capuñay Chavez (Perú).

<sup>8</sup> Disponible en [www.by.com.uy/oea.org/wp-content/uploads/2011/12/ley-modelo.pdf](http://www.by.com.uy/oea.org/wp-content/uploads/2011/12/ley-modelo.pdf) (última consulta: 2 de junio de 2021).

<sup>9</sup> CSJN, G., L. *si por su hijo G.P., T. por restitución s/ familia p/ rec. ext. de inconstit.-casación*, 27/12/2016, considerando 22.

hace meses y entonces nos encontraremos con que la ejecución de la sentencia producirá al niño un mal mayor del que se pretendía proteger.<sup>10</sup>

Como hemos visto, la celeridad y urgencia del trámite requeridas en los procesos de restitución constituyen un factor decisivo, siendo la rápida resolución de estos casos la clave para la efectividad y adecuada implementación de los convenios internacionales en nuestro país.<sup>11</sup>

### **El proceso de restitución internacional en el Anteproyecto de Código procesal de Familias, Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires**

Las disposiciones del CPFCC relativas al procedimiento de restitución han tenido como fuente de inspiración a los convenios vigentes en la materia, algunas regulaciones procesales dictadas a nivel provincial, al CCyCN, al Protocolo de Actuación de la CSJN para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños –en adelante, Protocolo de Actuación de la CSJN– y en especial, a la Ley Modelo.

En las próximas líneas, nos limitaremos a señalar algunos aspectos del Anteproyecto del CPFCC –en adelante, el CPFCC– que consideramos que ameritan ser destacados.

#### **Competencia de los tribunales bonaerenses**

En el CPFCC, la norma de competencia para las acciones de restitución internacional dispone que, en estos casos, resultará competente la jueza o juez del lugar donde se encuentra la niña, niño o adolescente. Esta regla se aparta del principio general del

---

<sup>10</sup> Goicoechea, I. (2005). Aspectos prácticos de la sustracción internacional de menores, *Revista Derecho de Familia* (30), (pp. 2).

<sup>11</sup> Al respecto, pueden mencionarse ciertos avances que han sido desarrollados a nivel nacional y provincial en nuestro país. Por un lado, la CSJN ha aprobado en la reunión anual de la Comisión Nacional de Acceso a Justicia llevada a cabo el día 28 de abril de 2017 el Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños que tiene por finalidad brindar pautas de actuación a los operadores del CH de 1980 y de la CI de 1989. Recuperado de [www.cnaj.gob.ar/cnaj/archivos/2017/ARC\\_675.pdf](http://www.cnaj.gob.ar/cnaj/archivos/2017/ARC_675.pdf).

Diversas provincias han adherido a éste mediante Acordadas de sus superiores tribunales (entre ellas, Entre Ríos, Mendoza, San Luis, Tucumán, Río Negro, Catamarca (Acordada 4518, 15 de abril de 2021) y La Rioja (Acuerdo 108/2021 del 31 de mayo de 2021).

En Córdoba, fue sancionada la Ley 10.419 de Procedimiento para la Aplicación de los Convenios sobre Restitución de Niños, Niñas y Adolescentes, 21/12/2016; En Misiones, el Código Procesal Civil, Comercial, de Familia y Violencia Familiar, tít. II, "Procesos especiales", cap. IV, "Proceso de restitución de menores y restauración del régimen de visitas", en sus artículos 679 al 695, posee disposiciones procedimentales; En Entre Ríos se aprobó por acuerdo general 13/2015, del 19/05/2015, un Protocolo sobre el "Proceso de Restitución Internacional de Menores" que entró en vigor a partir del 01/06/2015 y el Código Procesal de Familia, capítulo especial (Ley 10.668, año 2019, capítulo X, artículos 243-265); En Chaco, el Código Procesal de Familia, capítulo especial, artículos 174-200; En Neuquén, la Ley de procedimiento para la aplicación de los convenios sobre restitución internacional de niños, niñas y adolescentes, Ley 3134, 25/7/2018; En Mendoza, el Código Procesal de Familia y Violencia Familiar, Ley 9120/2018, Título XI, artículos 208-227; En Río Negro, la Ley 5.396, 10/10/2019, Anexo: Protocolo de Actuación.

En trámite: en la Provincia Buenos Aires: Proyecto de Ley E 324-2017-2018, Cámara de Senadores, entrada 27/09/2017 (media sanción), ha perdido estado parlamentario; En Corrientes: el Código Procesal de familia, Cámara de Senadores (media sanción), en estudio en Cámara de diputados; En CABA: Proyecto Senado Nación 366/18 (8/11/2018), (media sanción) 17/7/2019, ha perdido estado parlamentario.

CPFCC que establece que, en los casos en los que se deciden de modo principal derechos de niñas, niños o adolescentes, la competencia corresponde al juzgado de su centro de vida.

Este apartamiento se debe a que, en el marco del proceso de restitución, el centro de vida de la niña, niño o adolescente se sitúa en el Estado donde se encontraba antes de producirse el traslado o la retención ilícita, denominado, Estado de la residencia habitual<sup>12</sup>.

Es importante señalar que la norma de competencia para los procesos de restitución internacional se halla en coordinación con los artículos 8, 29 y 30 del CH de 1980, que establecen que la solicitud de restitución puede ser presentada ante las Autoridades Centrales del Estado de la residencia habitual –quienes transmitirán la solicitud a las autoridades del Estado de refugio–; ante las autoridades centrales del Estado de refugio; o directamente ante la autoridad judicial de este último. Y con, el artículo 6 de la CI de 1989 que dispone que la restitución puede solicitarse ante las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte donde el menor tuviere su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención –autoridades que comunicarán la solicitud a las autoridades del Estado de refugio, a los fines de resolver la restitución– o, cuando existan razones de urgencia, ante las autoridades del Estado parte en cuyo territorio se encuentra la niña, niño o adolescente trasladado o retenido, al momento de efectuarse dicha solicitud.

En definitiva, las autoridades judiciales de la Provincia de Buenos Aires resultarán competentes en los procesos iniciados directamente ante ellas por la persona que reclama la restitución y no se hubiera logrado la restitución voluntaria mediante la intervención de las Autoridades Centrales.<sup>13</sup>

### **Procedimiento**

Siguiendo los lineamientos que ofrece la Ley Modelo, el artículo 645 del CPFCC establece que el proceso de restitución internacional tramita por las reglas del proceso de

---

<sup>12</sup> La determinación de la residencia habitual es uno de los puntos clave en los procesos de restitución internacional. Este concepto, que no ha sido definido autónomamente por los convenios internacionales y ha dado lugar a diversas interpretaciones en los distintos ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados. En nuestro país, la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo interpretó del siguiente modo: "se refiere a una situación de hecho que supone estabilidad y permanencia, y alude al centro de gravedad de la vida del menor, con exclusión de toda referencia al domicilio dependiente de los menores" y que en definitiva se trata de una cuestión de hecho que debe ser determinada en cada caso en concreto. Ver Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Wilner, Eduardo M. c. Osswald María Gabriela*, 14/06/1995, considerando 12.

<sup>13</sup> También, debe tenerse en consideración lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 2614 del CCyCN: "Sin perjuicio de lo dispuesto por convenciones internacionales, los niños, niñas y adolescentes que han sido sustraídos o retenidos ilícitamente no adquieren domicilio en el lugar donde permanezcan sustraídos, fuesen trasladados o retenidos ilícitamente".

estructura monitoria<sup>14</sup>, con algunas modificaciones previstas para la temática. El proceso se origina con la presentación de la demanda monitoria –solicitud de restitución, en este caso–. Luego, si la autoridad judicial corrobora el cumplimiento de los recaudos legales y los fundamentos de la pretensión, debe dictar sentencia conforme lo solicitado.

Con relación al proceso de restitución, específicamente, se establece que, si la solicitud se encuentra precedida de una petición de localización de la niña, niño o adolescente, la demanda de restitución debe plantearse dentro del plazo de 30 días de comunicada la localización al Estado requirente. La demanda, debe ser acompañada de la documentación que acredite los requisitos establecidos en los artículos 8 del CH de 1980<sup>15</sup> y 9 de la CI de 1989 y, en caso de no ser presentada en el término establecido, se produce la caducidad de las medidas preliminares y cautelares, en caso de haber sido dispuestas (artículo 648).

Con relación al cumplimiento de los recaudos formales se dispone que la documentación agregada a la demanda debe estar traducida al castellano, pero no se requiere su legalización en los supuestos en los que se hubiera dado previa intervención a la Autoridad Central.

En sintonía con lo establecido por los convenios internacionales, el CPFCC expresamente dispone que la persona que solicita la restitución debe acreditar que es titular del derecho de custodia según la legislación vigente en el Estado de la residencia habitual de la niña, niño o adolescente inmediatamente antes de su traslado o retención<sup>16</sup>, y que existió traslado o retención ilícitos, en infracción del derecho de custodia mencionado.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> Capítulo 87 de la Parte 3 (artículos 776 y ss.) del CPFCC.

<sup>15</sup> Artículo 8 CH de 1980: "Toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor. La solicitud incluirá: a) información relativa a la identidad del solicitante, del menor y de la persona que se alega que ha sustraído o retenido al menor; b) la fecha de nacimiento del menor, cuando sea posible obtenerla; c) los motivos en que se basa el solicitante para reclamar la restitución del menor; d) toda la información disponible relativa a la localización del menor y la identidad de la persona con la que se supone que está el menor; La solicitud podrá ir acompañada o complementada por: e) una copia auténtica de toda decisión o acuerdo pertinentes; f) una certificación o declaración jurada expedida por una Autoridad Central o por otra autoridad competente del Estado donde el menor tenga su residencia habitual o por una persona cualificada con respecto al Derecho vigente en esta materia de dicho Estado. g) cualquier otro documento pertinente". El artículo 9 de la CI de 1989 contiene una norma similar que no transcribimos por cuestiones de brevedad.

<sup>16</sup> Sobre este punto, debe tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 3 del CH de 1980 que en su parte pertinente dispone que el derecho de custodia puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho del Estado de la residencia habitual.

<sup>17</sup> El artículo 15 del CH de 1980 establece que: "las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, antes de emitir una orden para la restitución del menor podrán pedir que el solicitante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una decisión o una certificación que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto en el artículo 3 del Convenio, siempre que la mencionada decisión o certificación pueda obtenerse en dicho Estado. Las Autoridades Centrales de los Estados contratantes harán todo lo posible por prestar asistencia al solicitante para que obtenga una decisión o certificación de esa clase."

Presentada la demanda de restitución, la autoridad judicial debe analizarla y, si el pedido se considera procedente, debe dictar sentencia ordenando la restitución. Además, deberá disponer, mantener o modificar las medidas cautelares necesarias para la protección de la niña, niño o adolescente. Si no media oposición, debe librar mandamiento para hacerla efectiva, con comunicación a la Autoridad Central.

En la misma oportunidad, se debe hacer saber al Estado requirente que, si dentro de los 30 días desde que fuere comunicada la sentencia, no adopta las medidas necesarias a efectos del traslado de la persona menor de 16 años, quedarán sin efecto la restitución ordenada y las providencias adoptadas (artículo 650).

### ***Contenido de la sentencia. Restitución segura***

El artículo 649 del CPFCC recuerda el marco acotado de conocimiento que tiene la autoridad judicial encargada de decidir respecto de la restitución, aspecto fundamental en la resolución de estos casos. Así, se excluye expresamente la posibilidad de decidir sobre la cuestión de fondo, la que corresponde a las autoridades judiciales del Estado de la residencia habitual de la niña, niño o adolescente.<sup>18</sup>

Asimismo, se establece que, si la parte requerida tiene procesos abiertos relativos al ejercicio de la responsabilidad parental deberá informar del pedido de restitución al juzgado interviniente, y la jueza o juez dispondrá la suspensión del proceso. Todo ello bajo pena de nulidad de las actuaciones que se produzcan después de notificado el pedido de restitución.

Este principio se desprende de los mismos convenios de restitución que expresamente vedan a la autoridad judicial del Estado en el que se encuentra la niña, niño o adolescente la posibilidad de decidir sobre las cuestiones de fondo relativas al derecho de custodia hasta tanto no se resuelva la restitución<sup>19</sup>. Ello, en el entendimiento de que dicha autoridad es la más próxima o cercana a la vida del niño y, en consecuencia, la mejor posicionada para resolver sobre aquellas cuestiones.

---

<sup>18</sup> Esto, en línea con lo previsto en el artículo 16 del CH de 1980: "Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este Convenio."

<sup>19</sup> Debe tenerse presente la calificación que realiza el artículo 5 inc. a) del CH de 1980 con relación al derecho de custodia. Al respecto, esta disposición establece que el "derecho de custodia" comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia.

Ahora bien, si la autoridad judicial del Estado de refugio decide que no corresponde ordenar la restitución, dicha autoridad será la que deba asumir jurisdicción para resolver la cuestión de fondo relativa al derecho de custodia.

Con relación al contenido de la decisión, se establece que deben adoptarse las medidas complementarias necesarias a los fines de garantizar el regreso seguro de la niña, niño o adolescente al Estado de la residencia habitual. Asimismo, y a semejanza de lo previsto en el Protocolo de Actuación de la CSJN (punto 17), se establece que la sentencia debe contener: la fecha o plazo en que debe hacerse efectiva la restitución; la indicación de la persona que acompañará a la niña, niño o adolescente, sin que ello se convierta en un obstáculo para el regreso; la determinación de quién correrá con los gastos (tickets de la niña, niño o adolescente, acompañante y alojamiento), el levantamiento de las medidas de prohibición de salida del país, una exhortación a las partes a cooperar y promover el cumplimiento voluntario para evitar demoras indebidas y la indicación respecto de si se convocará a psicólogos/as, mediadoras/es, intérpretes u otras personas para dar cumplimiento a la orden.

Además, se recepta la posibilidad de recurrir a la Autoridad Central para solicitar, por su intermedio información relacionada con las medidas de protección y los servicios disponibles en el Estado requirente, con el objetivo de disponer las medidas de retorno seguro que fueren pertinentes.

Asimismo, se dispone que “[s]e contemplará un sistema de seguimiento de la restitución y cumplimiento de las medidas de protección complementarias a través de la Autoridad Central y otras formas de cooperación internacional.”

La autoridad judicial debe dictar la sentencia dentro del plazo de 10 (diez) días. La sentencia monitoria se notifica con las copias de la demanda y documentación acompañada del mismo modo previsto para la notificación de la demanda. El plazo para la notificación es de 5 (cinco) días.

La sentencia monitoria que resuelve sobre cuestiones que exceden el ámbito de competencia del proceso de estructura monitoria es apelable con efecto suspensivo y el plazo para el dictado de la sentencia en esta instancia es de 10 (diez) días. Las cuestiones relativas a la procedencia de la pretensión deberán plantearse a través del proceso de oposición a la sentencia monitoria.

### ***Oposición a la sentencia monitoria***

Las causales de oposición a la sentencia monitoria previstas en el CPFCC son aquellas enumeradas taxativamente en los convenios internacionales<sup>20</sup>:

---

<sup>20</sup> Artículos 13 y 20 del CH de 1980 y artículos 11 y 25 de la CI de 1989.

– La persona, institución u organismo que tenía a su cargo a la niña, niño o adolescente en el momento en que fue trasladado o retenido, no ejercía el derecho de custodia de modo efectivo, o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención;

– Existe grave riesgo de que la restitución exponga a la niña, niño o adolescente a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera lo someta a una situación intolerable;

– La propia niña, niño o adolescente con edad o grado de madurez suficiente se oponga a la restitución;

– La decisión de restituir sea contraria a los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales;

– Si el proceso judicial se inició luego de un año de producido el traslado o la retención ilícitos y se comprueba que la niña, niño o adolescente se integró a su nuevo centro de vida.

Con relación al trámite, las oposiciones deben tramitarse según el procedimiento sumarísimo. Expresamente se establece que la autoridad judicial debe rechazar sin trámite toda oposición que no esté fundada en las previstas taxativamente. El plazo para presentar oposiciones es de 5 (cinco) días de notificada la sentencia monitoria.

Cabe recordar que cada una de las causales de oposición debe ser interpretada de modo sumamente restrictivo a los fines de no desvirtuar el objetivo del mecanismo propuesto convencionalmente.

A nivel nacional, la jurisprudencia de la CSJN ha sentado estándares en torno a la aplicación e interpretación de las excepciones, estándares que han tenido un rol fundamental en las decisiones de todas las instancias judiciales de los tribunales de nuestro país.<sup>21</sup>

Por otro lado, merece un especial destaque lo previsto con relación a los medios de prueba que resultan admisibles en el marco del proceso de restitución. Al respecto, el CPFCC establece que únicamente resulta admisible la prueba tendiente a acreditar los presupuestos de los convenios y las causales de oposición previstas taxativamente, lo que sin dudas ayuda a concretar una decisión expedita evitando maniobras dilatorias.

---

<sup>21</sup> Sobre la interpretación de las excepciones Véase Rubaja, N. (2012). Procedimientos de restitución internacional de menores. *Derecho internacional privado de familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*. (pp. 447-530). Buenos Aires: La Ley

### **Cooperación judicial internacional. Comunicaciones judiciales directas**

El CPFCC establece que la autoridad judicial, a los fines de requerir la cooperación que sea necesaria, puede recurrir a la Autoridad Central<sup>22</sup>, a la Red Internacional de Jueces de la Haya, a la Red Nacional de Jueces de Familia para la Protección y Restitución internacional de Niños o a la jueza o juez competente del Estado de la residencia habitual de la niña, niño o adolescente. Asimismo, se dispone que tales requerimientos pueden establecerse por medio de comunicaciones judiciales directas, debiéndose dejar constancia en las actuaciones.

La posibilidad de que la autoridad judicial del Estado requerido pueda llevar a cabo comunicaciones judiciales directas con las autoridades del Estado de la residencia habitual de la niña, niño o adolescente puede traer aparejadas muchas ventajas en los procesos de restitución internacional<sup>23</sup>. Estas comunicaciones pueden ser realizadas a los fines de acceder al contenido del ordenamiento jurídico del Estado de la residencia habitual a los fines de evaluar la licitud o ilicitud del desplazamiento; para conocer los procesos que hayan sido ventilados en aquel Estado con relación a la integridad del niño, posibles abusos o situaciones de violencia; para asegurar los extremos necesarios para concretar la restitución, entre otros.<sup>24</sup>

### ***Medidas anticipadas de protección***

En la misma línea con lo establecido en el artículo 2642 del CCyCN se dispone que, a petición de parte legitimada o a requerimiento de autoridad competente extranjera, la jueza o juez que toma conocimiento de que los derechos de una niña, niño o adolescente pueden verse amenazados puede, aun antes de su ingreso al país, disponer medidas anticipadas a fin de asegurar su protección y la de la persona adulta que acompaña a la niña, niño o adolescente. Las medidas anticipadas tramitan por el régimen de las medidas cautelares.

---

<sup>22</sup> La figura de la Autoridad Central es clave en la tramitación de los procesos de restitución: dicha autoridad actuará como intermediaria entre la autoridad judicial del Estado de refugio y la Autoridad Central requirente del Estado de la residencia habitual de la niña, niño o adolescente. Entre sus funciones previstas convencionalmente (artículo 7 del Convenio de La Haya) pueden destacarse las siguientes: brindar información sobre la legislación aplicable en el Estado de residencia habitual del niño, facilitar la obtención de prueba en el extranjero, informar y cooperar con las representaciones diplomáticas involucradas sobre el funcionamiento de los convenios, y asistir a la autoridad judicial en la obtención de información sobre las medidas de protección que podrían adoptarse en el Estado de residencia habitual del niño para garantizar su regreso seguro. Véase All, P.M. - Rubaja, N. (2017), El Protocolo de Actuación para el funcionamiento de los convenios de sustracción internacional de niños, *La Ley*, 14/06/2017, cita online: AR/DOC/1426/2017, (p. 5).

<sup>23</sup> Esta facultad está consagrada en el primer párrafo del artículo 2612 del CCyCN: "Asistencia procesal internacional. Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, las comunicaciones dirigidas a autoridades extranjeras deben hacerse mediante exhorto. Cuando la situación lo requiera, los jueces argentinos están facultados para establecer comunicaciones directas con jueces extranjeros que acepten la práctica, en tanto se respeten las garantías del debido proceso".

<sup>24</sup> Véase Rubaja, N. (2015). Comentario al artículo 2642 del Código civil y comercial de la Nación. En Caramelo G.- Picasso S. - Herrera M. *Código Civil y Comercial de la Nación*. Libro VI. Título IV. 1a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus. (pp. 405-409).



Esta norma admite la posibilidad de disponer medidas anticipadas de protección ante el inminente ingreso de una niña, niño o adolescente al país. Las medidas a adoptar dependerán de las particularidades del caso concreto y de la discrecionalidad judicial. Las mismas podrían comprender la retención de los pasaportes, el apersonamiento ante una dependencia policial del adulto responsable, la fijación del domicilio en el que deberá residir transitoriamente la niña, niño o adolescente en nuestro país, la custodia policial, entre otras. Tales medidas, también podrían comprender, en caso de corresponder, la protección del adulto que acompaña a la niña, niño o adolescente.<sup>25</sup>

### **El régimen de visitas, comunicación o contacto internacional en el Anteproyecto de CPFCC de la Provincia de Buenos Aires**

Uno de los objetivos de los instrumentos internacionales es velar por que los derechos de custodia y visita vigentes en uno de los Estados parte se respeten en los demás Estados contratantes.<sup>26</sup> Con esta finalidad, tanto el CH de 1980 como la CI de 1989 regulan un procedimiento para hacer respetar el ejercicio del derecho de visita por parte de sus titulares, previendo a tal fin, el mismo mecanismo que para la restitución.<sup>27</sup>

El CPFCC establece que la solicitud de un régimen de visitas o comunicación debe tramitarse de conformidad con las normas del proceso sumarísimo. En cambio, si la solicitud para hacer efectivo un régimen de visitas o comunicación surge de una sentencia firme o por convenio homologado judicialmente, debe tramitarse según las normas del proceso simplificado.

Además, se establece que, si la autoridad judicial dispone un régimen de visitas o comunicación, se advertirá a las partes que el incumplimiento hará incurrir a la persona transgresora en traslado o retención ilícitos en los términos del CH de 1980 y de la CI de 1989.

### **Consideraciones finales**

Con relación a los procesos de restitución internacional, el CPFCC viene a resguardar los derechos de las niñas, niños y adolescentes involucrados al instaurar un procedimiento

---

<sup>25</sup> Véase Rubaja, N. (2015). Comentario al artículo 2642 del Código civil y comercial de la Nación. En Caramelo G. Picasso S. - Herrera M. *Código Civil y Comercial de la Nación*. Libro VI. Título IV. 1a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus. (pp. 405-409).

<sup>26</sup> Conforme el artículo 1 del CH de 1980 y CI de 1989.

<sup>27</sup> Ello, conforme lo estipulado en el artículo 21 del CH DE 1980 y de la CI 1989. Véase Rubaja, N. (2012). Procedimientos de restitución internacional de menores. Derecho internacional privado de familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino. (pp. 512-516). Buenos Aires: La Ley.

expedito y seguro que permite que sean restituidos al Estado de residencia habitual con la mayor celeridad posible y permitiendo concretar el interés superior de los mismos.

Consideramos importante recordar la consideración del interés superior del niño en el marco de estos procesos. En tal sentido, debe entenderse por tal el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente y a que se dilucide ante la autoridad judicial del Estado en el que tiene su centro de vida las cuestiones relativas al derecho de custodia. Asimismo, en caso de haber sido trasladado o retenido de modo ilícito, a obtener una rápida resolución y a ser inmediatamente restituido al Estado de su residencia habitual. Por otro lado, en caso de configurarse alguna de las causales taxativas y de interpretación restrictiva previstas convencionalmente, el interés superior de las niñas, niños y adolescentes será no ser restituido.<sup>28</sup>

El Protocolo de Actuación de la CSJN (punto 5) dispone al respecto que: “[a] los fines de este protocolo, debe ser entendido como el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente, a que se dilucide ante el Juez de su residencia habitual la decisión sobre su guarda o custodia, el derecho a tener contacto fluido con ambos padres y a obtener una rápida resolución del pedido de restitución. *En atención a que se trata de un concepto complejo y adaptable, debe determinarse de forma individual, con arreglo al contexto, la situación y las necesidades personales del niño, evaluando las repercusiones que la decisión tendrá en su vida*”—la cursiva nos pertenece—.

Respecto al régimen de visitas, comunicación o contacto internacional, se consagran disposiciones que permiten concretar el derecho de las niñas, niños y adolescentes que se encuentran separados de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo de modo regular cuando los padres residen en diferentes Estados, derecho consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 10.2). El interés superior de las niñas, niños y adolescentes en estos casos también consiste en obtener una rápida resolución de la solicitud de visita internacional.

Por otro lado, el CPFCC funciona como una herramienta de coordinación con otras fuentes normativas: los tratados internacionales vigentes en la materia, la regulación

---

<sup>28</sup> Si bien, las convenciones internacionales vigentes en la materia no definen al interés superior en el contexto de los procesos de restitución, puede tomarse como criterio interpretativo lo dispuesto en el artículo 2, segundo párrafo de la Ley Modelo que establece que: “Se consagra como criterio orientador de interpretación y en su caso de integración, el del interés superior del niño. Considerándose por tal a los efectos de la presente ley, el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente y a que se dilucide ante el Juez del Estado de su residencia habitual la decisión sobre su guarda o custodia; a mantener contacto fluido con ambos progenitores y sus familias y a obtener una rápida resolución de la solicitud de restitución o de visita internacional.”

Véase Pérez Manrique, R. (2012). El interés superior del niño en el Convenio de La Haya de 1980. Orientaciones para su interpretación. *Revista Derecho de Familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

del CCyCN, las guías de buenas prácticas, el Protocolo de Actuación de la CSJN y demás instrumentos de *soft law* diseñados en la especie.

Asimismo, consideramos que se trata de una verdadera herramienta de cooperación jurídica internacional diseñada para concretar la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, principales protagonistas de estos escenarios.

Celebramos la iniciativa y hacemos votos para su pronto tratamiento y aprobación.



# DERECHO PROCESAL DEL CONSUMO

## Competencia y título ejecutivo de consumo

*Javier Santamaría (UBA/UNPAZ)*

### **Introducción**

Decía uno de mis profesores de derecho procesal, que éste tenía la delicada misión de auxiliar a las partes a dialogar y, por eso, disponía de reglas para una “comunicación asistida”.

Claro, en esos tiempos se presumía que la relación era paritaria, y que de ese modo se trasladaba en igual forma a la comunicación judicializada.

Esa perspectiva ha cambiado y, hoy día, el derecho procesal debe tomar en cuenta los principios convencionales, constitucionales y todos aquellos dispositivos que tutelen a los más vulnerables porque, es sabido, las relaciones no son paritarias.

Las bases que sentara la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 –en adelante, “LDC”– antes de la reforma constitucional de 1994, fueron muy importantes para avanzar en esta senda de restablecer el equilibrio de estos contratos.

En el año 1994 la Asamblea Constituyente reconoció a todos los habitantes de nuestro país la protección al consumidor (arts. 41,42 y 43 de la CN) y, al día de hoy, su articulación con el desarrollo tecnológico es un problema que merece ser afrontado.

Por ello, el cumplimiento de ese imperativo constitucional merece un abordaje multidisciplinario en el que deben discutirse las situaciones de afectación de intereses de los sectores de mayor vulnerabilidad, especialmente con la incorporación de nuevos derechos y garantías que se observan en el nuevo Código Civil y Comercial –en adelante, “CCCN”– sancionado por la ley 26.994, que modificara también la LDC y contiene principios generales que lo tutelan.

Es importante también tener presente que el referido CCCN ha incorporado un Título Preliminar con derechos que tienden a tutelar a los sectores más vulnerables, llevando a cabo –desde la perspectiva de género y la inclusión de todos los sectores de la sociedad– una manda constitucional que imponía la convencionalización del derecho privado.

En este sentido, surge entonces la evidente constatación del incremento de operaciones de préstamos para el consumo canalizadas en sectores populares a los que, en general se les exigen pocos o nulos requisitos, y a quienes se les aplican tasas de interés por demás elevadas. Se advierte así la expansión y reproducción del sistema financiero – junto a sus reglas y lógicas de funcionamiento – en el espacio social de identificación y pertenencia propia de los sectores populares, quienes tradicionalmente no accedían al mismo, pero a la vez, este acceso debe atravesar el test protectorio consumeril, lo que justifica este proyecto.<sup>1</sup>

Las normas que hoy comento integran esa mirada al proceso y se hacen cargo del cumplimiento de la manda constitucional, reflejo de una concepción que activamente equilibra la disparidad de las que son parte vulnerables o hipervulnerables, especialmente en las relaciones de consumo.<sup>2</sup>

De allí que la integración de las normas –también llamada diálogo de fuentes– me lleva a considerar que se abre paso un “derecho procesal del consumo” como disciplina autónoma. En tiempos en los que los bordes ya no son límites sino oportunidades de integración y mayor tutela de derechos, entiendo que esta concepción es apropiada y con plena vigencia.

En tal dirección, las bases para esta reforma establecen reglas, por una parte, sobre la competencia territorial y, por otra, regulan el proceso ejecutivo de consumo. De este modo, pues, dividiré este comentario a continuación.

---

<sup>1</sup> Abordamos estos temas a partir de la investigación que llevamos a cabo en el marco del Proyecto PITT-UNPAZ 2019, “*La protección del consumidor desde la perspectiva de los nuevos derechos en el Código Civil y Comercial convencionalizado y el sobreendeudamiento*” del que soy director gracias al espacio que me brinda la Universidad Nacional de José C. Paz (UNPAZ), junto a un comprometido equipo.

<sup>2</sup> Según el artículo 1 de la Resolución 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior (RESOL-2020-139-APN-SCI#MDP) del 27/5/2020, *se consideran consumidores hipervulnerables, a aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores. Asimismo, podrán ser considerados consumidores hipervulnerables las personas jurídicas sin fines de lucro que orienten sus objetos sociales a los colectivos comprendidos en el presente artículo.*

## **Reglas de competencia**

### ***Análisis de oficio y sus antecedentes***

Uno de los puntos salientes del Proyecto, en cuanto al derecho procesal del consumo, se refiere a las normas relativas a la competencia territorial, estableciendo reglas sobre conexidad.

En este aspecto, el artículo 7 proyectado establece en el inciso 10) que será competente, en los procesos ejecutivos de consumo y en los monitorios, el Juzgado del domicilio de la deudora o deudor.

Si bien el referido artículo 7 admite la prórroga expresa o tácita de la competencia territorial, y reconoce otras contenidas en el Código, lo cierto es que protege a las y los consumidores en este punto de trascendencia, que implica facilitar a la consumidora o consumidor el acceso a la sede judicial más cercana a su domicilio.

Entiendo que sería plausible ampliar la regla establecida en ese inciso 10) a cualquier proceso en que una consumidora o consumidor sea demandada o demandado, otorgando así protección aún mayor ante cualquier desplazamiento de la competencia en perjuicio de la parte más vulnerable.

Esta norma, vale reconocerlo, completa la precisa disposición del artículo 36 según redacción otorgada por la ley 26.993<sup>3</sup> vigente a la fecha: *“Será competente para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por el presente artículo, en los casos en que las acciones sean iniciadas por el consumidor o usuario, a elección de éste, el juez del lugar del consumo o uso, el del lugar de celebración del contrato, el del domicilio del consumidor o usuario, el del domicilio del demandado, o el de la citada en garantía. En los casos en que las acciones sean iniciadas por el proveedor o prestador, será competente el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor, siendo nulo cualquier pacto en contrario”*.

En otros términos, son reglas de competencia respecto a las *acciones iniciadas* por las consumidoras y consumidores, y otorga así cinco alternativas en lo relativo a la competencia territorial: a) el juez del lugar del consumo o uso; b) el juez del lugar de celebración del contrato; c) el juez del domicilio del consumidor o usuario; d) el juez del domicilio del demandado; e) el juez de la citada en garantía. Son cinco opciones que se confían a la libre elección del consumidor y que, obviamente, en ningún caso podrán habilitar una excepción de incompetencia territorial por parte del proveedor o prestador.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> B.O. 19/9/2014.

<sup>4</sup> Stiglitz, G. – Hernández, C. A. (2015). *Tratado de Derecho del Consumidor*. T. IV (pp. 148). Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley.

La norma procesal que se comenta, como ya se habrá advertido, se refiere a la competencia en aquéllos casos en que la deudora o deudor sean parte demandada y, reitero, entiendo propicio que se extienda a cualquier tipo de proceso, además del proceso ejecutivo de consumo.

Por su parte, el artículo 8 en su inciso 5) desarrolla en buena forma el concepto de “conexidad” en virtud del principio de “prevención”, lo que permite a la deudora o deudor concentrar la tramitación de procesos ante el mismo juzgado. Esa tramitación conjunta facilitará también a la jueza o juez el análisis sobre la configuración del sobreendeudamiento, ya que tendrá una fuente presuncional muy importante al entender en todos y cada uno de los procesos que afectan a la misma consumidora o consumidor, y la superposición y cantidad de deudas contraídas será una pauta indiciaria valiosa para determinar el aprovechamiento de un estado de vulnerabilidad o hipervulnerabilidad.<sup>5</sup>

La redacción otorgada a estas normas proyectadas recoge el previo desarrollo doctrinario y jurisprudencial que se produjo para la mejor defensa de las y los consumidores.

Para ello, debemos remontarnos a la misma sanción de la LDC en el año 1993 y a su artículo 36 que, en su versión original, no contenía pauta alguna sobre la competencia.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Como pauta interpretativa, cito una vez más a la Resolución 139/2020 SCI que, en su artículo 2 establece las causas de hipervulnerabilidad, entre otras, a las siguientes condiciones:

- a) reclamos que involucren derechos o intereses de niños, niñas y adolescentes;
- b) ser personas pertenecientes al colectivo LGBT+ (lesbianas, gays, bisexuales y transgénero);
- c) ser personas mayores de 70 años;
- d) ser personas con discapacidad conforme certificado que así lo acredite;
- e) la condición de persona migrante o turista;
- f) la pertenencia a comunidades de pueblos originarios;
- g) ruralidad;
- h) residencia en barrios populares conforme Ley N° 27.453;
- i) situaciones de vulnerabilidad socio-económica acreditada por alguno de los siguientes requisitos:
  - 1) Ser Jubilado/a o Pensionado/a o Trabajador/a en Relación de Dependencia que perciba una remuneración bruta menor o igual a DOS (2) Salarios Mínimos Vitales y Móviles;
  - 2) Ser Monotributista inscripto en una categoría cuyo ingreso anual mensualizado no supere en DOS (2) veces el Salario Mínimo Vital y Móvil;
  - 3) Ser Beneficiario/a de una Pensión No Contributiva y percibir ingresos mensuales brutos no superiores a DOS (2) veces el Salario Mínimo Vital y Móvil;
  - 4) Ser beneficiario/a de la Asignación por Embarazo para Protección Social o la Asignación Universal por Hijo para Protección Social;
  - 5) Estar inscripto/a en el Régimen de Monotributo Social;
  - 6) Estar incorporado/a en el Régimen Especial de Seguridad Social para empleados del Servicio Doméstico (Ley 26.844);
  - 7) Estar percibiendo el seguro de desempleo;
  - 8) Ser titular de una Pensión Vitalicia a Veteranos de Guerra del Atlántico Sur (Ley N° 23.848);

<sup>6</sup> **ARTICULO 36.** — Requisitos. En las operaciones de crédito para la adquisición de cosas o servicios deberá consignarse, bajo pena de nulidad: El precio de contado, el saldo de deuda, el total de los intereses a pagar, la tasa de interés efectiva anual, la forma de amortización de los intereses, otros gastos si los hubiere, cantidad de pagos a realizar y su periodicidad, gastos extras o adicionales si los hubiera y monto total financiado a pagar.



Fue a partir de su vigencia el 7 de abril de 2008<sup>7</sup> que la ley 26.361 introdujo modificaciones sustanciales a la LDC e incorporó una nueva redacción que en su último párrafo, disponía: *“Será competente, para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por el presente artículo, siendo nulo cualquier pacto en contrario, el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor”*.

Es importante tener presente los textos y las fechas de su vigencia, a fin de comprender las discusiones doctrinarias y antecedentes jurisprudenciales que se desarrollaron, todos con el fin de tutelar de la mejor manera a las y los consumidores.

En efecto, encontrándose vigente la redacción incorporada por la ley 26.361, esta trascendente cuestión relativa a la competencia fue dirimida por la Excm. S.C.B.A. a través del fallo “Cuevas”<sup>8</sup>, y en el ámbito de la Justicia Nacional en lo Comercial a través de un importante fallo plenario.<sup>9</sup>

En aquél antecedente de la SCBA, se había planteado una cuestión negativa de competencia, es decir, ambos juzgados bonaerenses resistían la asignación de la causa en sus oficinas. Para darle contexto a la discusión, debe recordarse que el primero tenía su asiento en la localidad de Escobar, mientras que el segundo—domicilio del consumidor— era de San Martín.<sup>10</sup>

El primero de ellos, había considerado que el art. 36 LDC (a partir de la reforma de la ley 26.361), constituía una disposición de orden público (cfr. art. 65 LDC) que —sin admitir pacto en contrario— exigía que las controversias suscitadas a raíz del cumplimiento de los contratos de crédito para consumo tramiten ante la jurisdicción del domicilio del usuario.

Por su parte, el segundo tribunal que recibiera la causa, no admitió la radicación por cuanto entendió —en síntesis— que la competencia territorial es prorrogable en asuntos patrimoniales y que la declaración del juez de origen importó indagar en la causa de la obligación, aspecto prohibido en este tipo de pretensiones (conf. art. 542, C.P.C.C.).

---

El Banco Central de la República Argentina adoptará las medidas conducentes para que las entidades sometidas a su jurisdicción cumplan, en las operaciones de crédito para consumo, con lo indicado en esta ley.

<sup>7</sup> Decreto PEN 565/2008 (B.O. 7/4/2008).

<sup>8</sup> SCBA, *Cuevas, Eduardo Alberto contra Salcedo, Alejandro Rene. Cobro Ejecutivo, C. 109.305*, 1/9/2010.

<sup>9</sup> CNCom., *Autoconvocatoria a plenario s/competencia del fuero comercial en los supuestos de ejecución de títulos cambiarios en que se invoquen involucrados derechos de consumidores*, 29/06/2011.

<sup>10</sup> Sólo a título informativo y para poner en perspectiva las dificultades para las y los consumidores, estamos hablando de 50 km. de distancia, debiendo considerarse que si no se cuenta con movilidad propia, se requieren al menos la utilización de dos tramos de transporte colectivo de pasajeros a la ida, y dos a la vuelta, con un tiempo estimado total de 4 horas para toda la travesía.

La SCBA reconoció la pauta establecida en el entonces vigente art. 36 LDC en tanto impedía la prórroga de jurisdicción en perjuicio del usuario e imponía que las controversias respectivas tramiten ante los tribunales más próximos a éste. Sin embargo, avanzó en el análisis del límite establecido hasta entonces que también impedía cualquier discusión de fondo sobre la causa de la obligación en los títulos abstractos (art. 542, C.P.C.C.).

Aplicó así un criterio hermenéutico para entonces arribar a la solución que proteja del modo más eficiente posible la finalidad tuitiva de grupos tradicionalmente postergados y particularmente vulnerables<sup>11</sup> y, citando lo expresado por el doctor Zaffaroni como Ministro del Máximo Tribunal Federal, indicó que la “finalidad de la ley 24.240 consiste en la debida tutela del consumidor o el usuario, que a modo de “purificador legal” integra sus normas con las de todo el orden jurídico, de manera que se impone una interpretación que no produzca un conflicto internormativo, ni malogre o controvierta los derechos y garantías que, en tal sentido, consagra el art. 42 de la Constitución Nacional”.<sup>12</sup>

Agregó además la SCBA que “lo obrado por el ejecutante ha importado una clara violación de lo dispuesto por el nuevo texto del art. 36 LDC al amparo, sólo aparente, de una normativa prevista para definir la competencia jurisdiccional de esta clase de ejecuciones ante otras circunstancias (arts., 1, 4, 5 inc. 3, C.P.C.C.; arts. 101, 102, Cód. Civil Velezano, arts. 1 inc. 5, 41, 101, 102, 103, Dto.-Ley 5965/63), por lo que ha sido actuada en la causa -al entablarse la ejecución- contraviniendo la finalidad para la cual fue dictada y con afrenta del imperativo de buena fe, situación que torna ostensible su carácter abusivo”.<sup>13</sup>

Esta decisión del máximo tribunal de la Provincia de Buenos Aires fue favorable a las consumidoras y consumidores, estableciéndose la competencia de sus domicilios y es la que sustancialmente recoge el artículo 8, que considero muy apropiado en su redacción e incorporación al procedimiento. Reitero, sería plausible se extienda en sus efectos a todos los procesos judiciales en los que la consumidora o consumidor fueran sujetos pasivos de las acciones.

---

<sup>11</sup> CSJN, "Fallos" 331:819; íd. causa H. 270. XLII, *Halabi*, sent. del 24/02/2009, consid. 13°) como ocurre con los usuarios y consumidores (art. 42, Const. Nac.; 37, ley 24.240); SCBA, causa C. 98.790, sent. del 12/08/2009; C. 109.193, resol. del 11/08/2010, todos citados en el voto del Dr. Hitters en el mencionado precedente *Cuevas*.

<sup>12</sup> CSJN, "Fallos" 329:646 y 695, voto del doctor Zaffaroni; en el mismo sentido "Fallos" 331:2614, voto del doctor Maqueda.

<sup>13</sup> Voto del Dr. Pettigiani en antecedente *Cuevas* ya citado, con referencia expresa a Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Principios y tendencias en torno al abuso del derecho", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 16, Rubinzal - Culzoni, 1998, (p. 278 y ss.).

Por lo demás, un temperamento similar adoptó posteriormente la Cámara Nacional en lo Comercial en un Acuerdo Plenario del 29 de junio de 2011.<sup>14</sup>

Esos antecedentes jurisprudenciales analizados antes de la vigencia del CCCN, se refuerzan a partir del 1° de agosto de 2015 en tanto se incorporaron premisas sustanciales, las que también han sido tenido en miras por las normas hoy proyectadas.

Así, estos artículos 7 y 8 tutelan las acciones iniciadas contra las consumidoras y consumidores persiguiendo la ejecución de títulos originados en una relación de consumo, otorgando una eficaz respuesta legislativa a las y los bonaerenses.

### **El proceso ejecutivo de consumo**

#### ***El trámite proyectado y sus antecedentes***

El proceso ejecutivo ha sido pensado siempre como un trámite más abreviado, con base en títulos que -determinados por la ley- permiten a acreedores y acreedoras perseguir el cobro de sus créditos pendientes de cumplimiento. Por ello es que en los códigos procesales clásicos se han limitado las defensas y/o excepciones y, fundamentalmente, se ha establecido como una regla la imposibilidad de analizar la causa de los títulos ejecutivos cuando ello importa un análisis del negocio jurídico que lo subyace.

Es por ello que la integración de oficio que prevé el artículo 707 es un avance concreto en la búsqueda de la realización efectiva en el reconocimiento de los derechos fundamentales para la consumidora o consumidor, venciendo de este modo la resistencia formal que invocaran quienes defendieron la postura contraria a esta facultad que hoy se proyecta.

La norma se refiere a cualquier título ejecutivo de consumo ya que no distingue ni delimita su ámbito de aplicación<sup>15</sup>, lo que muestra su alcance ilimitado, en tanto se trate de un título ejecutivo originado en una relación de crédito de consumo, o bien, cuando la jueza o juez considere probable la existencia de esa relación.

---

<sup>14</sup> CNCom, *Autoconvocatoria a plenario S/ competencia del fuero comercial en los supuestos de ejecución de títulos cambiarios en que se invoquen involucrados derechos de consumidores*, en LL 3.8.11, F.115653; ED 26.8.11, F. 56982; ED 29.8.11, F. 56982; ED 30.8.11, F. 56982. Se estableció como doctrina obligatoria que “En las ejecuciones de títulos cambiarios dirigidas contra deudores residentes fuera de la jurisdicción del tribunal: 1. Cabe inferir de la sola calidad de las partes que subyace una relación de consumo en los términos previstos en la LDC, prescindiendo de la naturaleza cambiaria del título en ejecución. 2. Corresponde declarar de oficio la incompetencia territorial del tribunal con fundamento en lo dispuesto en el art. 36 de la LDC”.

<sup>15</sup> Considero que alcanza no sólo a supuestos del denominado “pagaré de consumo”, y se extiende así a cualquier título ejecutivo cuyo origen se encuentre en una relación de crédito para consumo. Podrían considerarse así extensivas las reglas de este título, por ejemplo, al pagaré, letra de cambio, cheque, prenda, hipoteca, incluso a la ejecución de la deuda por alquileres cuando la locataria o locatario sean consumidores y hasta a los denominados pactos ejecutivos.

Se hará antes de dar trámite a la ejecución y la actuación será de oficio, lo que redundará en beneficio de la consumidora o consumidor. Observo, sin embargo, que no establece el plazo para la integración del título con la documentación respaldatoria, por lo que creo adecuado que se otorguen 5 días. El apercibimiento será –tal como lo establece el artículo 709– ordenar la reconducción de la pretensión como cobro ordinario, sumarísimo o simplificado.

Recoge así, entre otras pautas, las establecidas por el artículo 1122 CCCN en lo relativo al control judicial que debe ejercerse activamente con el fin de evitar situaciones abusivas.

También recoge la decisión de distintos antecedentes jurisprudenciales<sup>16</sup> y doctrinarios específicamente apuntados al “pagaré de consumo” que, en síntesis, se trata de la denominación utilizada para describir a un típico título de crédito, un “pagaré”, cuya causa-fuente está constituida por una “relación de consumo”, y de allí la conjunción de ambas nociones.<sup>17</sup>

Sigue así los lineamientos expresados por el Dr. Galdós en el citado Plenario de la Cámara Civil y Comercial de Azul, al considerar que es viable la integración del “pagaré de consumo” con documentación adicional dentro del mismo proceso ejecutivo, antes del dictado de la sentencia de primera instancia, acudiendo al negocio causal y con intervención del consumidor, para tener por cumplidos los requisitos exigidos por el art. 36 de la ley 24.240 y conformar un título complejo habilitando la vía ejecutiva.

Esta solución que hoy brinda este título del CPFCC proyectado no sólo respeta el enfático principio protectorio del consumidor, de jerarquía legal y suprallegal, sino que además compatibiliza adecuadamente el diálogo de fuentes entre aquel subsistema, el régimen de derecho privado y otros microsistemas (el derecho cambiario y el juicio ejecutivo) armonizándolos razonable y coherentemente.

La documentación que se acompañe –o se haya agregado previa intimación– deberá contener “al menos” los recaudos necesarios para la integración del título que cumpla con los recaudos de los artículos 36, 37 y ccdtes. LDC, lo que permite considerar que no es taxativa la enumeración referida en esta norma proyectada.

---

<sup>16</sup> Cámara Civil y Comercial de Azul, Plenario en autos *HSBC Bank Argentina c/ Pardo, Cristian Daniel s/ cobro ejecutivo*, 9/3/2017; y Cámara Civil y Comercial de Corrientes, en *Acuerdo Expte. N° ACC3/19 “SALA I Solicita llamar a Plenario”*, 3/6/2020, que cuenta, además, con la explicación “online” de sus miembros en el siguiente enlace: <https://www.youtube.com/watch?v=3mzxwblG3zY>

<sup>17</sup> Junyent Bas, F. - Garzino, M.C., *El pagaré de consumo*. En Stiglitz, G. y Hernández, C. (Dir.), *Tratado de Derecho del Consumidor*, (T. 1, pp. 233-302), Buenos Aires: La Ley.

Se trata así de analizar mediante la agregación de estos antecedentes, a la “relación jurídica subyacente”, es decir, a la “operación de financiación o crédito para el consumo”, que ha sido definida como aquella en la cual “una persona física o jurídica, en el ejercicio de su actividad u oficio, concede o se compromete a conceder a un consumidor bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito, o cualquier otro medio equivalente de financiación, para satisfacer necesidades personales al margen de su actividad empresarial o profesional, destacándose que usualmente la operación de crédito para el consumo quedará configurada, sin perjuicio de la técnica de financiación, siempre que los bienes o servicios contratados estén destinados a satisfacer necesidades personales o familiares del consumidor”.<sup>18</sup>

Una vez integrado el título con la documentación se procederá conforme a lo establecido en el artículo 708, es decir, una vez más de oficio, se analizará el carácter ilegal o abusivo de cualquier cláusula contractual.

De este modo, se otorgan facultades para evaluar de oficio el carácter ilegal o abusivo de cualquier cláusula contractual, por lo que quien lo haga también deberá armonizar normas de carácter constitucional nacional, provincial, LDC, CCCN y el decreto ley 5.965/63.<sup>19</sup>

Las normas sobre “contratos de adhesión”, “cláusulas abusivas”, “ejercicio abusivo del derecho” e incluso las que regulan la “lesión objetiva” serán pautas directrices para que juezas y jueces otorguen o no validez a las condiciones establecidas en el título integrado junto a sus cláusulas. Siempre, claro está, será con una presunción a favor del más débil de la relación consumeril.

Se suma a ello –y no es un recaudo menor– ponderar la tasa de interés acumulada, que debe ser razonable y no confiscatoria. Sobre este último recaudo, la CSJN ha establecido en numerosos precedentes que la confiscatoriedad se configura cuando es superior al 33%.<sup>20</sup> De allí que, al tratarse de una relación de consumo, la tasa de interés deberá ser ponderada en razón de las circunstancias actuales y, quizás también, podría ser inferior al límite de confiscatoriedad establecido jurisprudencialmente.

---

<sup>18</sup> Müller, E. C. - Saux, E. I. (2009). En Picasso S. -Vázquez Ferreyra R. (Dir), *Ley de Defensa del Consumidor*, (T. 1 Parte General, p. 413 y notas 958 y 959). Buenos Aires: La Ley.

<sup>19</sup> Nos referimos, entre otras normas, a los arts. 42 Constitución Nacional; art 38 de la Constitución provincial; arts. 1, 2, 3, 4, 8 bis, 36, 37, 65 y cdtes. LDC; arts. 1, 2, 3, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 957 a 965, 1061 a 1068, 1073 a 1075, 1092 a 1098, 1100 a 1103, 1120,1122, 1384 a 1389 y concs. CCCN; arts. 101 ss. y cdtes. del Decr. Ley 5965/63.

<sup>20</sup> CSJN, Fallos 206:247, *Sara Pereyra Iraola v. Provincia de Córdoba*, 22/11/1946, en el que postuló que “El derecho de propiedad que la Constitución garantiza es inconciliable, en circunstancias ordinarias, con el desapoderamiento a título de impuesto, de más de un 33% de la utilidad corriente de una correcta explotación de los inmuebles rurales”

Con todos estos elementos el tribunal analizará –previo aviso al ejecutante por el plazo de 5 días para que se expida– si el proceso ejecutivo puede continuar con el contrato original sin modificaciones, o si lo hará en base al contrato original sin las cláusulas declaradas ilegales o abusivas, o si continuará como un proceso de conocimiento de conformidad al artículo 709.

Esa resolución será apelable en forma restringida, entiendo que de conformidad y requisitos establecidos por el artículo 867.<sup>21</sup>

Para el supuesto en que la información no fuera brindada por el ejecutante, o la jueza o juez declarase ilegales o abusivas a las cláusulas e impidan su ejecución, o el ejecutante optara por no continuar con el proceso ejecutivo, se reconducirá la pretensión como proceso ordinario, sumarísimo o simplificado (artículo 709), debiendo así someterse el conflicto a la instancia previa y obligatoria de mediación, dentro de los treinta días de notificada la orden de reconducción, bajo apercibimiento de tenerse por desistida la demanda. En este último punto, entiendo que el desistimiento sólo debería referirse a la acción ejecutiva intentada, y no al derecho de las acreedoras o acreedores quienes, en su caso, podrían reclamarlo por la vía del juicio ordinario, sumarísimo o simplificado. Sostener lo contrario sería reconocer que la falta de mediación previa dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la orden de reconducción, operaría como una pérdida del derecho, con consecuencias incluso más severas que la prescripción liberatoria regulada en el CCCN.

Por lo demás, es la vía de la integración del título también una aplicación concreta al proceso ejecutivo del “deber de información” que pesa sobre el proveedor del servicio, lo que constituye un derecho del consumidor. En este sentido, el precepto contenido en el artículo 36 LDC extiende sus efectos tanto a la formación del consentimiento del consumidor, como al momento de su cobro compulsivo mediante la vía ejecutiva. Así, la utilización de los medios para la ejecución de la obligación incumplida (arg. art. 730 inc. 2 CCCN) debe atravesar el tamiz del análisis causal con sustento en la protección del más vulnerable.

En el artículo 710 se propone una excepción novedosa respecto del título ejecutado, que puede ser interpuesta por la deudora o deudor de consumo.

Esta excepción, que no debe ser confundida ni subsumida con la de “inhabilidad de título”, tiene su autonomía en el proceso y puede ser planteada por aquella deudora o

---

<sup>21</sup> La apelante interpondrá el recurso, fundado, en el plazo de 5 días. La jueza o juez concederá o denegará el recurso. Si lo concede, dará aviso a la otra parte por el mismo plazo. Cumplido lo anterior, las actuaciones deberán ser elevadas a la cámara de oficio e inmediatamente.

deudor en el marco del proceso ejecutivo de consumo, a fin de poner en evidencia la relación consumeril y, en su caso, la existencia de cláusulas ilegales o abusivas.

Entiendo que, interpuesta la excepción, podrá la jueza o juez analizar “de oficio” la integración del título, aunque quien interpuso la excepción, por ejemplo, la haya planteado defectuosamente o con falencias probatorias, aplicándose de este modo la tutela oficiosa a la consumidora o consumidor vulnerable o hipervulnerable que establece el artículo 707.

De considerarse procedente esta excepción, el artículo 711 establece además de los costos a cargo del ejecutante, la imposición de una multa de hasta el monto del capital reclamado.

Esta incorporación representa a mi entender la aplicación procesal del “daño punitivo”, en tanto multa civil impuesta al proveedor del servicio a la consumidora o consumidor, y tiene entre otras finalidades –además de sancionar la práctica desarrollada en el propio proceso ejecutivo– desalentar su utilización para otros títulos de crédito o la iniciación de nuevos procesos ejecutivos con iguales falencias en sus títulos cuya base sean una relación de crédito para el consumo.

Por otra parte, y ya en el curso del proceso ejecutivo una vez que se le hubiera dado trámite, en el plazo del artículo 716<sup>22</sup>, podrá cuestionar las cláusulas del contrato de consumo por considerarlas ilegales o abusivas, lo que será resuelto en la sentencia de conformidad a las pautas establecidas en el artículo 708 (cfr. artículo 712).

Finalmente, en una incorporación que considero de las más acertadas y apropiadas para propender a la defensa de las consumidoras y consumidores vulnerables e hipervulnerables, el artículo 713 establece una pauta según la cual, con independencia de lo dispuesto por este código en materia de desestimación de la demanda por falta de colaboración en el proceso ejecutivo de consumo, el capital reclamado no devengará intereses en el tiempo en que las actuaciones se encuentren paralizadas o archivadas.

Tal precepto además de acertado por su precisión terminológica, redundará en evitar el curso de intereses que sólo dependen de la voluntad de la acreedora o acreedor, quienes con su sola voluntad de dilatar el procedimiento judicial, obtienen –con la legislación vigente– mayores sumas de dinero en concepto de intereses, dándose así

---

<sup>22</sup> **Artículo 716. Oposición al proceso ejecutivo.** La intimación de pago implica la citación para oponer impedimentos procesales, excepciones o defensas. Los impedimentos procesales, excepciones o defensas deben interponerse dentro de los 5 días, en una sola presentación, acompañando la prueba documental y ofreciendo la restante.

Debe presentarse en el formulario que establezcan las normas prácticas.

Si no se presentan oposiciones dentro del plazo, la jueza o juez dictará la sentencia ejecutiva.

como resultado, la sinrazón de deudoras o deudores que con sus salarios, jubilaciones o pensiones embargados, nunca pueden cancelar la deuda por cuanto ésta se incrementa día a día en base a la inactividad procesal de la ejecutante.

Con ello, pues, se le pone un límite plausible a la generación de los intereses con base al tiempo procesal ocioso librado a la sola voluntad de la ejecutante.

### **Colofón**

Estas normas proyectadas ponen en marcha un sistema que tutela al consumidor desde el mismo proceso judicial civil y comercial, llevando a cabo el reconocimiento efectivo de los derechos convencional y constitucionalmente asumidos.

Las sucesivas reformas de la LDC, la sanción y vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, con su Título Preliminar, la regulación de los contratos por adhesión, los contratos de consumo y la integración de las normas, han sido piezas fundantes para este avance que hoy se verifica en las normas comentadas.

Este derecho procesal del consumidor pues, legitima tanto el ejercicio del derecho de quien persigue el cumplimiento de una obligación por la vía ejecutiva, como así también de quien debe ser protegido frente a cualquier abuso que pudiera configurarse a su respecto.

Supera así la discusión sobre la pertinencia de integrar el título ejecutivo que –aunque incausado– deberá ser obligatoriamente analizado teniendo en cuenta la relación de consumo que subyace.

El derecho procesal del consumidor es, pues, la última barrera, el último resguardo para que este colectivo vulnerable e hipervulnerable sea protegido, con reglas claras sobre competencia territorial y reguladoras del proceso ejecutivo de consumo.

Será así, y recién entonces, una nueva oportunidad de utilizar al procedimiento para dialogar restableciendo el equilibrio de las y los consumidores en su regulación.



# EL SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES

*José María Salgado (UBA/UNPAZ)*

## **Preliminar**

Existe un principio básico de la administración de justicia conforme el cual los casos similares deben ser decididos de manera similar.<sup>1</sup> Es un imperativo que muchas veces es más observado por las personas de a pie, por una noción elemental de justicia y equidad, que por las operadoras y los operadores jurídicos. Estos últimos asumen con normalidad, y naturalizan, la disparidad de respuestas -incluso por el mismo tribunal ante casos análogos-, quizás, adormecidos por una práctica que no sólo no sigue dicha metodología de trabajo, sino que pocas veces se detiene en valorar la relevancia del sistema de precedentes vinculantes.

En el contexto jurídico argentino, generalizando de manera injusta, el seguimiento de los precedentes ha sido considerado como una matriz de importancia menor, incluso de carácter optativo, sin reparar en la importancia real que su utilización puede aportar en términos de credibilidad, profesionalismo y estabilidad al sistema de justicia en particular y a la sociedad en su conjunto.

Recientemente, en estos últimos años, su discusión se ha renovado en la doctrina<sup>2</sup> ha habido un nuevo pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>3</sup> y los proyectos de reforma los han incorporado, como sucede con el de la Provincia de Buenos Aires –en adelante, el “Anteproyecto”–, en su articulado.<sup>4</sup>

El Anteproyecto se propone organizar el caos jurisprudencial incorporando un mecanismo de obligatoriedad legal de los precedentes y, de esa forma, dotar a la actividad de un mayor grado de rigurosidad y profesionalidad.

A continuación, me referiré a cómo ha sido incluido el sistema de seguimiento obligatorio de los precedentes en el Anteproyecto y en el capítulo siguiente haré algunas reflexiones, desde luego incompletas y provisorias, sobre la incidencia que ello podría tener para el funcionamiento del servicio de justicia en la Provincia de Buenos Aires.

### **El precedente en el Anteproyecto**

El Anteproyecto dedica un capítulo a la temática (el 34) y, además, inserta su operatividad en secuencias clave del proceso judicial como la audiencia preliminar, los recursos, las deliberaciones y las sentencias. Su inserción se basa en un deber asignado a las juezas y los jueces de uniformar la jurisprudencia y mantenerla estable, íntegra y coherente en su aplicación a casos análogos (art. 242).

La puesta en práctica será mediante la elaboración de los denominados “enunciados de precedentes” en los que los juzgados y las cámaras de apelación, encargados de confeccionarlos y publicarlos, deben exhibir el reflejo de la interpretación del derecho establecida en sus sentencias definitivas. En ellos debe incorporarse una breve reseña de las circunstancias fácticas que sirvieron de causa a la regla de derecho.

Además, establece la obligatoriedad en su utilización y el orden de prelación, tanto en lo que se refiere a la vinculatoriedad vertical como horizontal. Las sentencias deben estar motivadas, entonces, siguiendo en primer lugar la “jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materias constitucionales federales o convencionales” (art. 244, inc. 1).

Luego, el orden de prelación continúa con: “2) La doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia. 3) La jurisprudencia establecida en sentencias plenarias de su jurisdicción territorial. 4) Para las sentencias de primera instancia, los precedentes establecidos en sentencias de cámara de apelación de su jurisdicción territorial (...). En caso de discrepancia entre distintas cámaras o salas de la misma jurisdicción, la jueza o juez aplicará el precedente que mejor asegure la tutela de los derechos y el principio de progresividad. 5) Los precedentes establecidos en sus propias sentencias. En el caso de sentencias de segunda instancia de tribunales divididos en salas, los de la propia sala”.

---

<sup>1</sup> Cross, R. - Harris, J. W. (2012). *El precedente en el Derecho inglés*. Madrid: Marcial Pons. (p. 23).

<sup>2</sup> Garay, A. F. (2013). *La Doctrina del Precedente en la Corte Suprema*. Abeledo Perrot: Buenos Aires; Legarre, S. (2016). *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Ábaco: Buenos Aires; Salgado, J. M. La obligatoriedad de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en Falcón, E. M. (dir.), *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, T. II, Rubinzal-Culzoni: Santa Fe, (pp. 783-899); Binder, A. - Ahumada, C. (dir.). (2020). *Obligatoriedad de la jurisprudencia. Seis lecturas sobre el precedente*, Ad-Hoc, Buenos Aires.

<sup>3</sup> CSJN, *Farina, Haydée Susana s/ homicidio culposo*, 26/12/2019, 2148/2015/RH1.

<sup>4</sup> Por ejemplo, el Proyecto de Código General del Proceso de Chubut de 2019.

El capítulo concluye con los supuestos en los que el deber de seguimiento se ve flexibilizado y permite su apartamiento, conforme el concepto de la distinción del caso a decidir del precedente que lo gobernaría, aunque exige una fundamentación adecuada y específica que haga mérito de elementos de hecho, probatorios, jurídicos o argumentales que lo justifiquen. Además, el tribunal que decida el apartamiento deberá explicitar el modo en que ese proceder maximiza la protección de los derechos humanos en juego.

El sistema de obligatoriedad de los precedentes dentro del Anteproyecto se vertebra, fuera del capítulo referido, con la incorporación del mecanismo en distintas etapas y actos que benefician su operatividad e importancia. Los enumeramos: i) el juez debe hacer saber en la audiencia preliminar a las partes la existencia de un precedente vinculante; ii) dentro del contenido de las instrucciones que el juez o jueza brinda al jurado para deliberar debe indicar la existencia de precedentes o doctrina legal que pueda resultar de aplicación obligatoria al caso; iii) es obligatorio mencionar el precedente en la sentencia de primera y segunda instancia; iv) la apelación restringida en el proceso simplificado podrá ser rechazada con la simple indicación de que la sentencia se ajusta a un precedente aplicable, excepto para el caso de los procesos para conocer los orígenes en el caso de personas nacidas mediante técnicas de reproducción humana asistida; v) se considerará doctrina legal al precedente establecido por la Suprema Corte de Justicia en sus sentencias, siempre que la decisión hubiese sido dictada por unanimidad o mayoría calificada de sus integrantes;<sup>5</sup> vi) la Suprema Corte podrá rechazar de modo inmediato el recurso, dentro de los 200 días de radicadas las actuaciones, con la invocación que los agravios fueron desestimados por el mismo tribunal en otros casos análogos, indicando los precedentes pertinentes; vii) la acción originaria de inconstitucionalidad podrá ser desestimada de forma inmediata y automática con la mera remisión al precedente pertinente.

Finalmente se prevé que la operatividad del sistema de precedentes se conformará con aquellos dictados a partir de la entrada en vigencia del Anteproyecto.

### **Interrogantes y reflexiones**

Presentada la propuesta sobre la incorporación de los precedentes vinculantes dentro del Anteproyecto, una buena forma de hacer una ponderación preliminar sobre su importancia, es mediante la formulación de interrogantes y con el ensayo de respuestas. La duda, o la falsa creencia de simplicidad, será el común denominador de quien se enfrente a un mecanismo como el descrito dado que, más allá de la intuición sobre la validez del imperativo de que dos casos iguales deben recibir respuestas similares, no se trata de un mecanismo que sea profundamente estudiado, en las complejas

---

<sup>5</sup> Se considera mayoría calificada la reunión del voto de al menos dos terceras partes de la de las y los integrantes permanentes del tribunal.

dimensiones que cualquier sistema de precedentes presenta, en la oferta académica promedio.

Un punto de partida elemental es reflexionar sobre si es necesario contar con un sistema de precedentes vinculantes. La respuesta es rotundamente afirmativa. Los mecanismos dirigidos a generar uniformidad en la jurisprudencia deben ser considerados como un subsistema que optimiza el servicio de justicia en la resolución de las controversias. Trae consecuencias valiosas, en tanto genera mayor previsibilidad, estabilidad, igualdad ante la ley y economía en los recursos del sistema judicial. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, casi desde su puesta en funcionamiento en 1863, ha resuelto casos siguiendo precedentes y ha enunciado y propiciado -con niveles de acatamiento diverso- ese deber por parte de los tribunales inferiores.<sup>6</sup> Se trata, no obstante dichos intentos, de una situación muy poco certera, en la que no existe una verdadera constricción de los tribunales en trabajar con el análisis de los precedentes y a fallar dando cuenta de ellos, sea para seguirlos o para esquivarlos.

A diferencia de lo que sucedió en países como Inglaterra y Estados Unidos, donde la tradición se aferró al trabajo continuo y metódico con el *stare decisis* y logró un convencimiento incuestionable sobre su uso, los países de tradición civilista, Argentina en particular, no han profundizado su utilización.<sup>7</sup> Por ello su implementación legislativa, al nivel en que esta suceda, es bienvenida.

Un estudio de derecho comparado sobre el tema indica las diferencias detectadas en el tratamiento que se hace de los precedentes en la tradición civilista. No está presente un detallado análisis y discusión profunda del punto en cuestión y de los sentidos de las decisiones sobre temas adoptadas en casos anteriores, y tampoco el meticuloso desentramado de los puntos de distinción, tanto a nivel fáctico como jurídico. Existe una facultad de apartarse del precedente o de una línea de varios precedentes con base en argumentos tales como la independencia judicial y la falta de reconocimiento de la jurisprudencia como ley escrita, es decir no obligatoria.<sup>8</sup>

¿Resulta necesaria su incorporación en una normativa procesal como lo hace el Anteproyecto? El estado actual de la cuestión, como se dijo, en el que no se advierte

---

<sup>6</sup> CSJN, *Tomás Tomkinson y compañía*, 6/24/1864, Fallos 1:148; *id.*, *Videla, Magdalena c/ García Aguilera, Vicente*, 9/4/1870, Fallos 9:53; *id.*, *Pastorino, Bernardo capitán de la barca "Nuovo Principio" c/ Ronillon Marini y Cía.*, 23/6/1883, Fallos 25:364; Se han elaborado distintas clasificaciones en relación a cuál es el grado de sometimiento por parte de los tribunales inferiores de los fallos de la CSJN, tales como sometimiento simple, deber moral, deber institucional, razones de persuasión, orden, autoridad o economía. Sagüés, N. P. (1981). Eficacia Vinculante o no Vinculante de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *El Derecho*, 93-891.

<sup>7</sup> Merryman, J. H. - Pérez-Perdomo, R. (2014). *La tradición jurídica romano-canónica*, México: Fondo de Cultura Económica.

<sup>8</sup> MacCormick, N. D. - Summers, R. S. Further general reflections and conclusions, en *Interpreting precedents*, trad. por Ahumada, C., *ob. cit.*, (pp. 215-250).

que juezas y jueces tomen los precedentes con grado de constricción suficiente o no sienten obligados a seguirlos o a explicar por qué no lo hacen, convierte en necesaria su regulación estableciendo reglas claras respecto a la obligatoriedad, así como al orden vertical de acatamiento. Los mecanismos tendientes a generar uniformidad en la interpretación de la ley, para hacerla estable, íntegra y coherente en su aplicación, no abundan, sino todo lo contrario.<sup>9</sup>

Cabe recordar, como el antecedente más relevante en la historia legislativa del país sobre este tema, que el art. 95 de la Constitución de 1949 intentó generar aquella prédica sostenida por la Corte federal: “La interpretación que la Corte Suprema de Justicia haga de los artículos de la Constitución por recurso extraordinario, y de los códigos y leyes por recurso de casación, será aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales”.<sup>10</sup> Sirvió como motor de un cambio, aunque duró poco tiempo.<sup>11</sup>

Es conocida la obligatoriedad en los fallos plenarios, también incluidos en el Anteproyecto, aunque sus connotaciones son distintas al trabajo sobre el precedente dado que se atiende a fijar una doctrina legal y se prescinde de los hechos del caso. Además, su uso es escaso y lejos está de lograr un cometido como propuesto con el sistema de precedentes en la regulación que comentamos. En la discusión que se abra sobre el Anteproyecto debería ajustarse la utilidad del recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley o doctrina legal (art. 890), para hacerlo más afín a la lógica de los precedentes y, también, como mecanismo para construir consensos ante fallos encontrados de una misma cámara de apelaciones.

¿Por qué se beneficia, además de la equidad y la coherencia, la economía de recursos del sistema judicial? El contexto de la Argentina y de la Provincia de Buenos Aires, en lo que se refiere a la conformación y organización del sistema jurídico, por una herencia histórica que abrevó de múltiples fuentes, ha tornado demasiado difusa una tradición en este tema y ello ha multiplicado las respuestas posibles ante casos análogos. La falta de previsibilidad en la interpretación y aplicación de las leyes por parte de los tribunales,

---

<sup>9</sup> Recordemos que, aunque la jurisprudencia estaba incorporada como fuente del derecho en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial y luego fue eliminada, el artículo 2°, bajo el título “Interpretación”, indica que “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de **modo coherente con todo el ordenamiento.**” (resaltado añadido).

<sup>10</sup> Ver la impronta de esa reforma constitucional en Benente, M. (comp.), (2019). La constitución maldita: estudios sobre la reforma de 1949, José C. Paz: Edunpaz.

<sup>11</sup> Estando en vigencia la Constitución de 1949, citada al comienzo de este acápite, se unificaron los fueros de la Capital Federal, se eliminó la distinción entre los jueces nacionales y los jueces federales y se dictó la ley 13.998 que legisló sobre los fallos plenarios estableciendo la obligatoriedad de su doctrina a excepción de las cuestiones en las que ya hubiera una interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El Máximo Tribunal dictó una acordada el 17 de diciembre de 1952 indicando que era un deber para cada una de las salas de las cámaras informarse sobre la jurisprudencia de las otras salas del tribunal sobre el punto en cuestión y, en caso de no haber coincidencia de criterios, convocar a la reunión plenaria. La acordada transformó a los plenarios en obligatorios.

derivada de no seguir precedentes vinculantes, tiene como contracara la expectativa de poder litigar con éxito todo tipo de pretensiones. Difícil es para cualquier abogado o abogada establecer las posibilidades de éxito para su cliente, pues el recorrido tiene innumerable cantidad de avatares que, aún sorteados con éxito, se enfrentan con un mal entendido libre albedrío del juez para ser intérprete fundante de toda ley, sin verse vinculado por los pronunciamientos de otros tribunales, ni siquiera por los propios. Debe entenderse que la libertad de decidir, la independencia y la imparcialidad, se encuentran enmarcados en un sistema jurídico, del cual los precedentes forman parte muy importante y, por ello, conforman el marco de derecho aplicable.

¿Los jueces crean derecho?, ¿eso no resulta violatorio de la división de poderes? Es claro que las juezas y los jueces no son “la boca de la ley”. Que el juez se limite a aplicar la ley, sin interpretarla, debe considerarse una afirmación inviable, una aporía, una dificultad lógica insuperable. Así como no hay texto sin lector, no hay norma sin intérprete. Toda ley es interpretada cada vez que es aplicada. Sin embargo, trabajar con multiplicidad de interpretaciones posibles, sin una tendencia a la homogeneización o uniformidad que establezca cuáles se ajustan a una interpretación admisible, equivale a derivar la suerte favorable o desfavorable de los planteos al sorteo del juez natural de cada caso. Ahí olvidamos que la base de la justicia es resolver los conflictos con apoyo en reglas preestablecidas, que se sustentan en el raciocinio, en las buenas razones y no en la suerte.

Perfecto Andrés Ibáñez señala que el verbo crear tiene dos acepciones: “producir algo de la nada” y “establecer por primera vez algo”<sup>12</sup>. La distinción tiene por objeto diferenciar el rol del legislador y el del juez. Crear de la nada, equivaldría a dictar una norma; establecer por primera vez algo supone fijar una interpretación en concreto de la norma. La gran discusión pasa por analizar los límites a esa potestad creadora, que es inherente a todo intérprete, sea en sus aspectos sustanciales, como procesales. Parte de esas limitaciones provendrá de los precedentes vinculantes. El ámbito de libertad de los jueces para resolver los casos, en lo que se refiere a los precedentes, nunca podrá ser limitado de modo completo, ni dicha vinculatoriedad será absoluta, dado que la interpretación y la creatividad dejarán abiertas las puertas para distinguir el caso de los precedentes que lo gobiernan, como para argumentar en contrario de aquel, o dar mejores razones para fallar en otro sentido.

¿La regulación descrita es suficiente? Entiendo que no, aunque también creo que el propio sistema se encargará de moldear los aspectos que hoy no forman parte explícita de su regulación. Si se piensa que en los países del *common law*, sea en Inglaterra o en Estados Unidos, el *stare decisis* no ha sido implementado con base en leyes, sino en la

---

<sup>12</sup> Ibáñez, P. A. (2015). Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional, Madrid: Trotta. (p.305).

elaboración jurisprudencial constante de los tribunales, con base en una tradición mantenida en el tiempo. Por eso, ante la falta de una tradición, la regulación es un paso muy importante hacia su implementación. Seguramente, de cobrar vigencia el sistema, se generarán múltiples derivaciones e interrogantes, y en la medida en que vayan siendo respondidos, con el tiempo, se irá gestando un modo de trabajo que resulta absolutamente necesario, no sólo a nivel de un Estado provincial, sino en su articulación nacional. El perfeccionamiento en la técnica de tratamiento del “caso” y los precedentes que lo dominan, la formulación del *holding*, la distinción de los casos posteriores, su efecto prospectivo, etcétera, irá ganando espacio en los pronunciamientos y obligará, a su vez, a que se genere un círculo virtuoso en el que la capacitación sobre esta modalidad de trabajo sea haga impostergable.

¿Qué es aplicar un precedente vinculante? Es decidir un caso actual considerando el modo en que se resolvió antes otro caso análogo. Como es sabido, no todas las consideraciones del precedente servirán para ello. Para determinar cuál es el precedente aplicable es menester un trabajo sobre las premisas, los hechos de ese caso, que llevaron al tribunal que lo decidió a aplicar de una manera determinada la ley. Mediante ese trabajo se extrae la proposición o regla jurídica del precedente, también conocida como *holding* o *ratio decidendi*. Determinar esa regla no es sencillo. No existe una única manera de expresar qué ocurrió en un caso particular, siempre las interpretaciones son subjetivas. De ahí que establecer cuáles son las premisas del caso, seleccionar las características que parecen relevantes para el propósito que se tiene por delante, será por definición una actividad compleja. Además, muchas veces debemos hablar, no de un precedente, sino de una secuencia o familia de precedentes enfocados en resolver casos similares, que son los que van conformando, mejorando y afinando el *holding*.

El Anteproyecto establece que los “enunciados de precedentes” cumplirán dicha función, reflejarán el contenido de los fallos. Es importante que sean los propios jueces o juezas que sentenciaron esos casos los que establezcan cuáles son los hechos relevantes y cuál la regla jurídica aplicable, de modo de no distorsionar, mediante interpretaciones de terceras personas, cómo queda conformado ese enunciado. Esto, claro está, no impedirá que en los casos en que un precedente sea invocado los intérpretes encargados de decidirlo puedan discutir su alcance, pertinencia o gobierno del caso a resolver; sin embargo, lo importante, lo trascendente para lograr jerarquizar el trabajo de los tribunales, es que esa discusión suceda. Ese el modo en que se uniforma, se mantiene estable, íntegra y coherente la jurisprudencia, para su aplicación a casos análogos y para dar cuenta de los motivos que llevan a modificarla o cambiarla.

Es por ello que el sistema exige una motivación específica cuando un precedente no sea seguido, haciendo mérito de elementos de hecho, probatorios, jurídicos o argumentales

que lo justifiquen. Además, dar cuenta del modo en que con ello se maximiza la protección de los derechos humanos en juego. Distinguir un caso del precedente, o motorizar el surgimiento de un nuevo precedente, es dar cuenta de los cambios sociales, aunque esa práctica, como lo marca el Anteproyecto, debe hacerse de modo coherente.

¿Cómo establecer qué fallos de la Corte Suprema de la Nación son obligatorios en el sistema provincial? La organización del Estado argentino bajo un sistema federal de gobierno importa el deslinde de dos grandes grupos de cuestiones, las que incumben a la vida de la República –federales– y las que son potestativas de los Estados locales que la componen. Ese régimen indica que el Estado central y sus poderes se encuentran impedidos de intervenir en las autonomías de los Estados provinciales, en cuestiones que son privativas de los mismos, debiendo ajustar sus incumbencias a la materia federal. Es así que la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires será la intérprete final del derecho no federal en el ámbito de dicho Estado, en tanto que su par nacional lo será en relación a la Constitución Nacional y en todo lo que se refiere a la normativa federal. Por eso, a los fines de determinar la vinculatoriedad establecida por el sistema que estudiamos, será necesario distinguir los casos en los cuales la Corte Suprema se expide en cuestiones federales y/o convencionales o en cuestiones de derecho común.

En el primer supuesto, quizás el más evidente, generalmente se verifica a través del recurso extraordinario federal, por alguno de los incisos del art. 14 de la ley 48.<sup>13</sup> El segundo caso, cuestiones de derecho público local, derecho común o de hecho, en cambio, no tiene una vía legislada, sino que son resueltos en base a la doctrina de la arbitrariedad.<sup>14</sup> Mediante ella, el máximo tribunal corrige vicios en decisiones jurisdiccionales que, por su gravedad, las descalifican como un acto estatal, y por ello se las considera contrarias al artículo 18 de la Constitución Nacional. Muchas de las múltiples razones por las cuales una sentencia puede ser sindicada de arbitraria llevan a fijar una doctrina de derecho (ponderación de los hechos o de la prueba, prescindencia u omisión de pruebas, autocontradicción, etc.) que no resulta obligatoria en términos de materia federal. Otras, las que descalifican por arbitraria una interpretación de derecho aplicable –aun cuando se trate de derecho común o público local–, deben ser asimiladas a cuestiones federales (atípicas), con la consecuente obligatoriedad en su seguimiento, dado que la Corte indica que esa hermenéutica es contraria a una válida

---

<sup>13</sup> El artículo 15 de la ley 48 establece que “...la interpretación que los tribunales de provincia hicieren de los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería no dará ocasión a este recurso –el extraordinario– por el hecho de ser leyes del Congreso en virtud de lo dispuesto en el inciso 11 del artículo 67 (inc. 12 del actual art. 75) de la Constitución”. En tanto que el artículo 14 de esa norma, en resguardo de la supremacía de la Constitución Nacional y del Derecho federal sobre el Derecho local, habilita su intervención cuando se suscita una “cuestión federal”, es decir una decisión contraria al Derecho federal invocado por el recurrente, distinguiendo tres hipótesis distintas contenidas en los tres incisos de la norma: i) cuestiones federales simples (inc. 1º); ii) cuestiones federales complejas directas (inc. 2º), y iii) cuestiones federales complejas indirectas (inc. 3º).

<sup>14</sup> La doctrina de la arbitrariedad nace en 1939 con el caso *Storani de Boidanich, Victoria e hijos c/Ansaldi, Imperiale y Bovio*, Fallos: 184:137.



interpretación de la Constitución Nacional.

Desde el vértice de la vinculatoriedad, el Anteproyecto indica como debe ser el seguimiento por los tribunales inferiores, versión vertical; y por cada uno de ellos de sus propios precedentes.

Dijimos que, de modo inevitable, muchas derivaciones habrán de resolverse en la medida en que el sistema comience a funcionar, con aciertos y correcciones constantes, por lo que muchas preguntas subsisten a este primer estudio: ¿Qué pasará con los fallos divididos? ¿constituirán un precedente? ¿qué sucederá con los fallos en los que cada juez de un tribunal colegiado, aun concurriendo con la decisión mayoritaria, exprese de modo particular sus fundamentos? ¿cuál es el antecedente relevante de ese caso? ¿qué sucede con dos fallos contradictorios de una misma cámara de apelaciones? ¿qué tribunal puede dejar sin efecto el *holding* de un precedente vinculante? ¿qué sucederá cuando un precedente sea dejado de lado por una nueva interpretación? ¿su solución se aplicará al caso que se decide?, etc.

Es un gran acierto incluir un sistema de vinculatoriedad legal de precedentes en un ordenamiento pensado para el futuro. Su incidencia es transversal en cualquier ordenamiento jurídico, y lo será en la Provincia de Buenos Aires. No se trata de un elemento puramente procesal, sino de una herramienta de superación sustancial del sistema. Junto a la igualdad, la estabilidad, la integridad y la coherencia en la aplicación de la ley en casos análogos y la optimización de recursos, podrá recrearse uno de los bienes más buscados en este tiempo, la credibilidad en el servicio de justicia.



# RECURSOS PROCESALES EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO

## Análisis convencional del régimen recursivo en el proyecto de nuevo Código Procesal de Familias, Civil y Comercial de la PBA<sup>1</sup>

*Francisco Agustín Hankovits (UNLP/UNA)*

### **Marco general del modelo recursivo previsto desde la garantía del debido proceso adjetivo: doble instancia, plazo razonable y oralidad**

Inicialmente deviene necesario expresar, en términos generales, en relación al diseño del modelo de regulación de los medios de impugnación, que conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante CIDH–, a partir del caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, del 2/7/2004, “no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos” y que “independientemente de la denominación que se dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida”. En igual sentido, sostuvo en el caso *Mohamed vs. Argentina*, del 23/11/2012, que “el artículo 8.2 h) de la Convención se refiere a un recurso ordinario accesible y eficaz (...) debe procurar resultados o respuestas al fin para cual fue concebido; y las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente (...) para que éste sea eficaz (...) requiere que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados...”. No se nos escapa que si bien ello está referido a

---

<sup>1</sup> En memoria del gran jurista y honorable Magistrado Eduardo Néstor De Lazzari.

la órbita penal, no es menos cierto que dicho estándar debe ser considerado como guía al momento de vertebrar o interpretar un régimen recursivo, aún ajeno a ese ámbito, para que garantice la tutela efectiva desde el plano convencional.<sup>2</sup> En síntesis, los medios de gravamen deben ser establecidos de modo que sean accesibles –esto es, con formalidades mínimas y sin obstáculos procesales irrazonables– y eficaces –es decir, que procuren dar respuesta efectiva para el fin por los que fueron instituidos–.

Igualmente cabe reseñar que, el debido proceso legal no se afecta por la falta de *doble instancia* en materia civil, salvo cuando las leyes específicamente lo establecen<sup>3</sup> dado que la misma, en dicho ámbito, no tiene raigambre constitucional sino solo legal.<sup>4</sup>

En ese sentido, recientemente la CIDH, en el caso *Spoltore vs. Argentina*, del 9/6/2020, se refirió expresamente al alcance de la garantía mínima del derecho a recurrir un fallo adverso, instituida en el artículo 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos –en adelante CADH–. Sostuvo, en ese orden, que no tratándose de un proceso penal ni administrativo sancionatorio “en el cual pueden ser aplicables las garantías incluidas del artículo 8.2 de la Convención según su naturaleza y alcance (...) el derecho contenido en el artículo 8.2.h) no es aplicable al proceso de indemnización por enfermedad profesional”. “En consecuencia, -afirmó- el Estado no violó el artículo 8.2.h) de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma”.<sup>5</sup> De ello se sigue que la garantía convencional en análisis sólo aplica estrictamente a los procesos sancionatorios de índole penal o cuasipenal.

De allí que, actualmente, exista armonización entre los criterios decisorios de la CSJN y la CIDH respecto del alcance del derecho a la doble instancia para juicios no criminales o que no participen de esta naturaleza.

Asimismo, y obviamente, el procedimiento recursivo diagramado queda sometido a la necesidad de garantizar la satisfacción del estándar del *plazo razonable*. La jurisprudencia del Tribunal Interamericano ha precisado que “[e]s claro que el recurso no será realmente eficaz si no se resuelve dentro de un plazo que permita amparar la violación de la que se reclama”.<sup>6</sup> En efecto, dicho tribunal ha indicado también que “[e]l concepto de plazo razonable contemplado en el artículo 8 de la Convención Americana

---

<sup>2</sup> Hankovits F. A. (2019). El proceso civil por audiencias y los medios de impugnación ordinarios de la sentencia de mérito. En Berizonce R. – Giannini L. (directores), *Oralidad en el proceso civil –nuevas perspectivas-*, La Plata: Librería Editora Platense (pp. 225/234).

<sup>3</sup> CSJN, *Hojman, Rubén Evar s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión*, 11/04/2006 (Voto de los Dres. Carlos S. Fayt, Ricardo Luis Lorenzetti y Carmen M. Argibay); Fallos: 329:1180.

<sup>4</sup> CSJN, *Instituto de Vivienda del Ejército c/ Empresa Constructora Indeco S.A. y Crivelli S.R.L. y otro*, 21/12/1999; Fallos: 322:3241. En igual sentido, *Mallmann, Arturo Julio y otro c/ Estado Nacional (Ministerio del Interior)*, 5/09/2000; Fallos: 323:2357; entre otros.

<sup>5</sup> CIDH, causa citada, párrafo 105.

<sup>6</sup> CIDH, *Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, 2/9/2004, párr. 245.

está íntimamente ligado con el recurso efectivo, sencillo y rápido contemplado en su artículo 25”.<sup>7</sup>

Sobre el particular, considera la Corte interamericana que el proceso termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto, con lo cual se agota la jurisdicción (cf. Cour Eur. D.H., arrêt *Guincho* du 10 juillet 1984, serie A nº 81, párr. 29) y que dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, **incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse**.<sup>8</sup> Ello si pues, el plazo razonable al que se refiere el artículo 8.1 de la Convención se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento que se desarrolla hasta que se dicta la sentencia definitiva<sup>9</sup> en razón que a efectos de analizar el plazo razonable, en términos generales, la Corte debe considerar la duración global de un proceso.<sup>10</sup> Ello, en tanto que el paso del tiempo distorsiona la efectividad de la decisión jurisdiccional<sup>11</sup> por lo que las autoridades judiciales deben “actuar con la debida diligencia y celeridad”.<sup>12</sup> Máxime que tiene resuelto dicha Corte transnacional que el alto número de causas pendientes ante un tribunal no justifica por sí solo que se afecte el derecho del individuo a obtener en un plazo razonable una decisión.<sup>13</sup>

Para analizar la efectividad del recurso, también implica examinar el respeto al principio del “plazo razonable” y, cuando se demuestre que los recursos internos exceden el “plazo razonable” se vulneran los artículos 8 y 25 de la CADH.<sup>14</sup> Por ello, una demora prolongada genera como consecuencia, además de la vulneración del plazo razonable “una evidente denegación de justicia”,<sup>15</sup> y la denegación al acceso a la justicia tiene una relación con la efectividad de los recursos, ya que no es posible afirmar que un recurso existente dentro del ordenamiento jurídico de un Estado, mediante el cual no se resuelve el litigio planteado por una demora injustificada en el procedimiento, pueda ser considerado como un recurso efectivo.<sup>16</sup>

---

<sup>7</sup> CIDH, *Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*, 6/4/2006, párr. 155; CIDH, *Luna López Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*, 10/10/2013, párr. 188; CIDH, *Argüelles y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, 20/11/2014, párr. 188.

<sup>8</sup> Caso *Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo*, 12/11/1997, párr. 71; *Caso Argüelles y otros Vs. Argentina. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*, del 30/1/2019, párr. 188; el resultado es propio.

<sup>9</sup> Caso *García Ibarra y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 17/11/2015, párr 158; entre otros.

<sup>10</sup> Caso *Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 5/2/2018, párr. 134.

<sup>11</sup> Caso *Valencia Hinojosa y otra Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 29/11/2016, párr. 37.

<sup>12</sup> Caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*, del 31/8/2004, párr. 146.

<sup>13</sup> Caso *Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 5/8/2008, párr. 18; Caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 22/6/2015, párr. 270.

<sup>14</sup> Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*, del 17/6/2005, párr. 65, y Caso *Familia Barrios Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*, del 24/11/2011, párr. 285

<sup>15</sup> Cfr. Caso *Familia Barrios Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*, del 24/11/2011, párr. 278, y Caso *Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*, del 27/4/2012., párr. 109.

<sup>16</sup> Caso *Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo*, del 6/5/2008., párr. 87 y 88; Caso *Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 30/10/2008, párrs. 115 y

En definitiva, la garantía de plazo razonable no solo es un corolario del derecho de defensa en juicio –art. 18 de la Constitución Nacional, derivado del “speedy trial” de la enmienda VI de la Constitución de los Estados Unidos de América–, sino que se encuentra también previsto expresamente en los Tratados Internacionales incorporados a la Constitución Nacional como parte del debido proceso legal y de la garantía de acceso a justicia –art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en función del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional– y ello aplica sin ambages a la etapa recursiva.<sup>17</sup> En base a todo ello y sobre dicho aspecto, se afirmó que “la demora judicial es un flagelo que cabe desterrar sin más para lograr una fundada credibilidad del sistema estadual de Justicia, evitando incurrir en demagogias procesales que corroen el adecuado funcionamiento del servicio de Justicia y que dejan en letra muerta la garantía constitucional de tutela continua y efectiva en tiempo razonable –art. 15 Const. Prov.–, por la adopción de criterios que desbalancean la ecuánime concreción de la misma en favor de una parte y con el consecuente menoscabo de la otra”.<sup>18</sup>

Finalmente, en lo que refiere a la posibilidad de implementar la *oralidad* en los procedimientos de revisión de decisiones judiciales –en tanto la misma se constituye sin dudas en la actualidad como un componente del debido proceso adjetivo<sup>19</sup>–, ya hemos sostenido al respecto que “el cumplimiento del texto constitucional y de los tratados internacionales allí incorporados, sumado a la eficiencia que deben asumir las formas procesales para garantizar la plenitud de aquellos y las garantías allí consagradas, exigen la necesidad de concretar un proceso en donde posea una vigencia real y cierta el derecho de los justiciables a ser oídos públicamente, en contacto directo con el designado por Estado para resolver su conflicto de derechos, dotando así de mayor

---

116; y Caso *Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*, del 27/4/2012 párrs. 109 y 110. En similar sentido: Caso *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*, del 6/2/2020, párr. 301.

<sup>17</sup> CSJN, *Escudero Maximiliano Daniel s. Recurso de casación*, del 23/03/2021, Fallos: 344:378. En lo puntual dicho máximo tribunal nacional manifiesta que “corresponde reiterar la preocupación -ya expresada en el precedente “Espíndola” (Fallos: 342:584)-, en orden al problema referido a la **excesiva duración de los trámites recursivos** en el fuero penal de la Provincia de Buenos Aires y, en consecuencia, exhortar nuevamente a la Suprema Corte de Justicia de dicha provincia, en su calidad de máxima autoridad del Poder Judicial provincial -y, por su intermedio, a los órganos que corresponda para que adopte, con carácter de urgente, medidas conducentes a hacer cesar la problemática descripta” (el remarcado es propio).

<sup>18</sup> Cámara Segunda en lo Civil, Comercial y Familia de La Plata, sala 2, C. 123.989 *Ventre E. M. c/ Orbis S.A. s/ Ds.*, del 12/03/19. En dicha sentencia, en razón de los fundamentos allí expuestos y con sustento en el principio de eficiencia judicial a fin de tornar operativa la garantía de plazo razonable en el proceso, en especial en la etapa recursiva, inaplica la doctrina legal de la SCBA en causa C. 121.320 *Herrera, Ricardo Horacio y otro/a contra Herrera, María Aurora. Desalojo*, del 03/10/2018.

<sup>19</sup> El proceso por audiencias no es sólo una forma de realización de actividades procesales y de comunicación para el mejor debate información de calidad en el proceso, sino que hace a uno de los contenidos que configuran la garantía del debido proceso legal argentino actual. Hankovits, F. A., *Reconfiguración de la instancia revisora en el proceso civil con oralidad*, Revista de Derecho Procesal 2019-1, Rubinzal Culzoni editores, pp. 311/320. Ampliar al respecto Grillo Ciocchini P. A., *La oralidad efectiva en los proyectos de códigos procesales de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación* (2019), Revista La Ley del 13/9 p. 12; y en Hankovits F. A. y Malchiodi A., *La oralidad en el proceso civil como elemento esencial del debido proceso desde la perspectiva transnacional*, Jurisprudencia Argentina SJA del 31/1/2018, p. 61, cita online: AP/DOC/1083/2017.

transparencia al sistema de justicia. Cabe igualmente precisar que el legislador de cada estado no está obligado por el debido proceso a que indefectiblemente toda disputa llevada a un tribunal deba ser resuelta a través de un juicio oral, público y contradictorio, sino que puede establecer mecanismos más sencillos, como la litigación por medios electrónicos en los que no se tiene acceso al juez en forma directa y personal, siempre y cuando se les garantice a los litigantes el derecho a tener una audiencia judicial con todos los resguardos del debido proceso si estos así lo solicitan. De ese modo se asegura a las partes un debido proceso con todas las garantías si éstas, en el caso concreto, no se sienten satisfechas con el procedimiento más sencillo legislado o si necesitan de la presencia judicial para resolver algún planteo que así lo requiera. Asimismo, es dable referir que la audiencia pública sea un elemento integrante del debido proceso legal instituido la Constitución y las Convenciones Internacionales no conlleva que todas y cada una de las actuaciones de un procedimiento así establecido deban ser absolutamente orales para ser compatibles con la garantía señalada”.<sup>20</sup> Específicamente, en relación al trámite recursivo he puesto de manifiesto que, “existiendo una diagramación de un procedimiento oral en la primera instancia, en la segunda (por la unidad del proceso y por acatamiento a sus principios constitutivos) debería regularse una fase oral. Sin dudas ello así, en el evento de que se ordene la práctica de prueba no documental o que el juez o las partes consideren conveniente establecer un contacto directo, será necesario que en apelación se desarrolle una etapa oral; máxime que, como hemos expresado, la oralidad constituye en la actualidad un componente de la garantía del debido proceso desde la perspectiva transnacional”.<sup>21</sup> Es altamente auspicioso pues, “dejar abierta la posibilidad de una audiencia en sede de alzada, ya sea por iniciativa de una de las partes o por decisión del tribunal, (aun cuando no se produzca nueva prueba), dado que enriquece el debate en esa instancia y contribuye a dictar resoluciones más ajustadas a la realidad sustancial de los conflictos llevados ante los estrados de la Justicia”.<sup>22</sup>

### **Análisis específico de los medios de gravamen en el anteproyecto del Código Procesal conforme los estándares convencionales**

En lo que respecta al diagrama general del modelo recursivo proyectado, caracterizado por la simplificación de los trámites, la unificación y homogenización de los plazos para las vías impugnativas, la reformulación del lenguaje utilizado, la aplicación del principio de máximo rendimiento de los institutos procesales y la eliminación de obstáculos

---

<sup>20</sup> Hankovits F. A. y Malchiodi A., *La oralidad en el proceso civil como elemento esencial del debido proceso desde la perspectiva transnacional*, (2018) ya citada en nota anterior.

<sup>21</sup> Hankovits, F. A., *Reconfiguración de la instancia revisora en el proceso civil con oralidad*, (2019) citado en nota al pie n°19.

<sup>22</sup> Hankovits F. A. (2019) “El proceso civil por audiencias y los medios de impugnación ordinarios de la sentencia de mérito”, publicación citada en nota al pie n° 1. En lo relativo al modo de regulación del recurso de apelación en procesos por audiencias en el derecho comparado, ver Hankovits F. A. (2020) “El proceso civil oral y el régimen de apelación”, *Oralidad y proceso civil*, Arazi R. director, Santa Fé, pp. 593/607, Rubinzal – Culzoni Ed.

ritualistas, la reforma se advierte así como superadora del actual esquema revisor de decisiones jurisdiccionales.

En efecto, la uniformación del trámite del recurso de apelación –ya sea que se trate de amplia o restringida: arts 865, 867 y 869 – aporta unicidad y claridad a la operatividad del sistema recursivo, como también la interposición y fundamentación conjunta actuando el principio de concentración procesal<sup>23</sup> ; la previsión de un plazo común de 5 días para la aclaratoria<sup>24</sup> –nótese, por contrapartida, que hoy el remedio de aclaratoria en primera instancia tiene un plazo de 3 días para la interposición (art. 166 inc. 3 del CPCC) y 5 días en la segunda (art. 267 del CPCC) y la revocatoria <sup>25</sup> (en la actualidad tiene 3 días (art. 239 del CPCC) mientras que si va acompañada de la apelación en subsidio, que a su vez se funda en el mismo acto, el plazo de deducción ésta es de 5 días– contribuye del mismo modo a la simplificación del régimen impugnativo dotándolo así de mayor funcionalidad; máxime si a ello se suma un lenguaje más claro y por ende más comprensible tal como recurso amplio –en lugar “libremente”; art .243 del CPCC– o restringido –en lugar de “en relación”; art. y Cód. cit.–.

Lo propio acontece con los efectos del recurso de apelación en que desaparece el resabio hispánico histórico de “devolutivo” utilizado para representar el efecto no suspensivo cuando en rigor dicho concepto representa otra noción<sup>26</sup> y más disfuncional aún resulta cuando el régimen vigente refiere a ambos efectos (art. 644 del CPCC).<sup>27</sup>

En lo que refiere a la aplicación del principio de máximo rendimiento cabe mencionar la posibilidad de que el recurso de revocatoria sea admisible ahora ante las resoluciones interlocutorias dictadas en Cámara (art. 880) como lo es actualmente en respecto de las de Corte (art. 290 del CPCC); no obstante lo cual, es auspicioso que, por el mismo fundamento, igual criterio legisferante sea adoptado también en relación a la admisibilidad de impugnar por vía de revocatoria tales clases de providencias de la primer instancia, lo que no se encuentra así previsto (art. 857).

De hecho, las interlocutorias podrían también ser cuestionadas con la apelación subsidiaria (o bien por apelación directa como sucede al presente con las providencias simples) por lo cual no se les resta a las partes un medio de impugnación, sino que se le suma otro, que además éste (revocatoria) está previsto para las posteriores instancias (arts. 880 y 898) y que por otro lado no insume más actos procesales pues, como ha sido dicho, se funda en el mismo escrito (art. 870).

---

<sup>23</sup> Art. 861.

<sup>24</sup> Art. 853 del anteproyecto.

<sup>25</sup> Art. 855.

<sup>26</sup> Ver Hitters J. C. (2000) *Técnica de los recursos ordinarios*, La Plata LEP Ed., p.125.

<sup>27</sup> Art. 860 del anteproyecto.



Finalmente, en lo que hace a la supresión de valladares obstruccionistas, resulta propicia la supresión del depósito como requisito de admisibilidad del recurso de inaplicabilidad de ley (arts. 892) lo que conlleva que se prescindiera de la petición del beneficio de litigar sin gastos al sólo efecto de sortear el pago del mismo con la consecuente espera de su resolución para realizar el examen de admisibilidad definitivo de dicho medio de impugnación extraordinario. De ese modo, se evitan nuevas actuaciones judiciales en las instancias ordinarias y no se dilata más el trámite del proceso al ya no quedar condicionado su prosecución al resultado de la concesión –total o parcial- o no de aquél.

En lo que respecta al monto del agravio como recaudo legal de admisibilidad del recurso de inaplicabilidad de ley o doctrina legal (art. 891), hubiera sido auspicioso también su eliminación.

En efecto, monto y depósito que ni siquiera están previstos para la vía de impugnación extraordinaria por antonomasia: el recurso extraordinario federal. Ello, armonizaría además con el funcionamiento real de la casación en tanto y en cuanto con el régimen de *certiorari* actualmente en vigencia la SCBA puede, en esencia, aún cumplidos todos los requisitos de admisibilidad de los recursos extraordinarios (específicamente, del recurso de inaplicabilidad de ley o doctrina legal: monto y depósito), desechar el tratamiento de la impugnación casatoria, o a la inversa, no satisfechos éstos, ingresar igualmente al análisis de la procedencia del embate extraordinario;<sup>28</sup> herramienta útil que ahora además se encuentra ratificada y visible en el texto mismo del Anteproyecto de Código en el art. 897 y ello contribuye a evitar la dispersión innecesaria de las normas que regulan el régimen casacional y lo torna más transparente en su funcionalidad.

Asimismo, sobre el tópico y a fin de no desnaturalizar la naturaleza de Tribunal de casación y convertirlo en una tercera instancia ordinaria, se aprecia mucho más apropiado instaurar filtros cualitativos (como trascendencia social, colectiva o institucional del asunto; necesidad de sentar un criterio jurisprudencial prevalente para lograr la uniformidad aplicativa de una norma; o la relevancia de temas de constitucionalidad local) ya que permite superar el criterio rígido y mercantilista del valor del litigio y aportar un instrumento de aplicación flexible, acompañado de pautas que den transparencia a esa selección a través de la debida publicidad de las mismas.<sup>29</sup>

No obstante, se observa muy propicio, por el principio de realidad económica que impera en las situaciones y relaciones comunitarias, que se haya estatuido en el art. 891 la consideración del monto del agravio a valores actuales en lugar de tomar su aspecto nominal e histórico. Así también las excepciones previstas al cumplimiento de dicho

---

<sup>28</sup> Art. 31 bis del Dec/Ley 5827/55 "Ley orgánica del Poder Judicial"

<sup>29</sup>Cfr. Fandiño M., González L., Sucunza M. (2020) *Proceso civil –un modelo adversarial y colaborativo-* CABA, Editores del Sur, p. 171.

requisito en razón de la condición que poseen determinados sujetos (por ejemplo: personas vulnerables) o grupos (verbigracia: consumidores). Entiendo que entre ellas debería además establecerse la relativa a cuando en el litigio se haya aplicado normativa de perspectiva de género, en cuyo caso el monto del agravio debería ser asimismo soslayado.

Igualmente y en otro orden, corresponde indicar que, en base a hermenéutica constitucional/convencional antes citada, resulta admisible que el proyecto de reforma procesal limite la articulación de medios de gravamen en relación a determinados tipos de resoluciones o en específicos procesos (vgr.: arts.. 530, 859, 888, entre otros).

Sin duda ello ha de tener además como parámetro insoslayable la satisfacción de la garantía de plazo razonable a fin de no incurrir en responsabilidad internacional. En ese sentido, se observa que la simplificación del trámite impugnatorio previsto en el texto en análisis, tendiente a ganar celeridad, como también la regulación de la posibilidad de modificar motivadamente el efecto de la apelación<sup>30</sup> (ya que para determinar la razonabilidad del plazo se debe tomar en cuenta también la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo conforme la materia objeto de controversia<sup>31</sup>) son aspectos trascendentales considerados a fin efectivizar en concreto la garantía de marras. En ese orden, en lo que hace al efecto de los recursos extraordinarios, acorde con principio de coherencia que debe regir en todo ordenamiento legal y la unidad jurisdiccional que caracteriza al proceso judicial en todas sus instancias, se advierte lo previsto en el art. 913 como unificador y cohesionante. De hecho, ante la ausencia de un precepto legal específico al respecto, ha sido la propia Corte quien a través de la interpretación del art. 292 del CPCC, por vía de inferencia, por mayoría atribuyó, por regla efectos suspensivos a los recursos que ante ella se tramitan<sup>32</sup>. Hoy el anteproyecto viene a suplir esa laguna legal con un sentido realista de la prestación del servicio de justicia. En efecto, en un proceso sumarísimo de consumo<sup>33</sup> -por ejemplo- el recurso de apelación no tiene efectos suspensivos y el recurrente perdidoso ha de depositar la condena y los honorarios del letrado/a ganancioso/a.<sup>34</sup> Ahora bien, si frente a lo resuelto por la Cámara se deduce, por el demandado también vencido, algún recurso extraordinario, se ve alcanzado lo decidido por el efecto suspensivo; de allí la necesidad de dotar, de modo legal, de unidad lógica y sistémica al efecto de los recursos ordinarios y extraordinarios.

---

<sup>30</sup> Art. 875

<sup>31</sup> CIDH Caso Argüelles y otros Vs. Argentina. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 30/1/2019, párr. 196.

<sup>32</sup> Ver, entre muchos otros, SCBA Ac 88543 *E.M.E.B.E S.A. c/Estado Provincial s/Expropiación inversa* del 17/03/2004.

<sup>33</sup> Art. 53, Ley 24.240. A título de ejemplo: Un proceso de daños de un usuario de colectivos por violación del deber de seguridad en el contrato de transporte.

<sup>34</sup> Art. 29, Ley 13.133.

Sin perjuicio de ello he de señalar a modo de propuesta, como cuestiones a considerar en el debate público del anteproyecto: la supresión de obligatoriedad de la audiencia multipropósito (art. 886) y la eliminación del recurso de queja (arts. 874 a 876).

En relación al primer tópico, ya he señalado y justificado más arriba en el presente trabajo –con cita de publicaciones anteriores al respecto– la necesidad de contar con la posibilidad cierta, ya sea por pedido de alguna de las partes o por decisión del propio tribunal, de realizar, por los motivos expuestos en el anteproyecto, dicha audiencia ante el tribunal e ineludiblemente con los jueces que dictarán la sentencia. Sin perjuicio de ello, a tenor de la flexibilidad de las estructuras procesales y del principio de proporcionalidad para la gestión eficiente del flujo de casos y del caso, mediante la utilización racional de los recursos públicos y del tiempo de procesamiento del asunto en la instancia apelatoria, debería ser ello facultativo para las partes y para el órgano. A través de la actuación de la flexibilidad procesal de las formas y vías procesales, se actúa el principio de proporcionalidad procesal que, desde esta perspectiva, no es sino un ajuste de actos y tiempos procesales del trámite del litigio a la entidad del asunto que lo motiva. Efectivamente, el principio de flexibilidad de las formas guarda intrínseco correlato con la adaptabilidad del carril procesal para el caso concreto, herramienta de gestión del flujo de casos. Esto es, determinar la vía adecuada para dar una respuesta efectiva de Justicia sustancial de la forma más eficiente al conflicto judicializado, conforme el tiempo del trámite de resolución como de los costos que ello insume.<sup>35</sup> En el particular y sobre dicha base, no se trata rotular como asuntos complejos o simples, sino que, como la competencia de la cámara se abre a tenor de los agravios articulados, la entidad de éstos serán los que esencialmente determinen la necesidad de llevar adelante la audiencia en cuestión, o por el pedido de alguna de los sujetos procesales para, por ejemplo, “sostener” oralmente la fundamentación del recurso. Ello así pues la función de la segunda instancia no es efectuar un nuevo juicio, ni se revisa todo el proceso sino sólo aquellos puntos de la decisión de la cual la/s parte/s se disconformaron. Los juicios deben desarrollarse desde un criterio de eficiencia que vele por la proporcionalidad entre tiempo, seguridad, costos y calidad de las sentencias, desde que los procesos tienen un costo social. En ello, la actividad jurisdiccional debe estar orientada a la satisfacción de las necesidades (decisión justa de su conflicto) y expectativas del justiciable (resolución rápida y económica <sup>36</sup>).

Un balance en ese orden y para el supuesto puntual en tratamiento, es la realización de la audiencia multipropósito cuando los planteos recursivos lo exijan según la valoración

---

<sup>35</sup> Hankovits F. A. (2020) *El rol del juez o jueza y la gestión de flujos de casos -el principio de flexibilidad procesal-* AADP; Rubinzal-Culzoni ed.-en prensa-.

<sup>36</sup> Repárese en ese orden que en el reporte del WJP *Rule of law index 2020*, en lo que respecta a los retardos injustificados en la justicia civil en Argentina (sub factor 7.5), la misma tiene un puntaje de 0.31/100, posicionándose en el ranking global 99/128 y en el regional 17/ 30; en <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2020/Argentina/Civil%20Justice>

del tribunal o alguna de las partes lo requiera, en razón del carácter convencional de la oralidad como estándar integrante del debido proceso constitucional, conforme lo ya expuesto.

En el mismo sentido, en los procesos en los que intervienen niños, niñas y adolescentes, éstos gozan de la garantía de ser oídos ante la autoridad competente cada vez que así lo soliciten (arts. 26 y 707 del Código Civil y Comercial y 27 inc. a) de la Ley 26.061) por lo que se les dará la oportunidad de ser escuchados y que se valoren debidamente sus opiniones en función de la edad y madurez de cada uno/a (art. 12 Convención sobre los Derechos de los niños (Observación General 12 (2009) del Comité de los Derechos del niño, párr. 19). Por todo ello, se debería asignar carácter facultativo a la realización de la audiencia multipropósito y no imponerla de modo rígido, salvo obviamente en los supuestos ya exigidos por la regulación sustancial<sup>37</sup>.

En lo que respecta a la eliminación del mecanismo de queja,<sup>38</sup> se sustenta en la simplificación del procedimiento y la siempre necesaria celeridad procesal. Si los recursos se interponen y fundan en el mismo acto, luego de las contestaciones (de corresponder) a los mismos, el órgano deberá elevar sin más trámite las actuaciones a la cámara o Corte quien analizará la admisibilidad de los mismos, como de hecho siempre efectúa y quien además decide definitivamente el juicio de admisibilidad o inadmisibilidad por ser el destinatario de la apelación o de los recursos extraordinarios. Se torna ineficiente repetir la misma actividad. La cámara fijará el modo, efecto y forma de trámite del recurso deducido de declararlo admisible y las partes podrán alegar lo pertinente, de modo previo a ello, en la pieza fundante de la apelación o en su contestación; mientras que la SCBA será quien verifique los presupuestos de admisibilidad o le aplique el *certiorari*.<sup>39</sup> En este contexto, el recurso de queja se evidencia como innecesario.

### **A modo de conclusión**

Se observa un proceso centrado en el justiciable desde la configuración de un procedimiento de revisión no ficcional de sentencias y resoluciones, como también la democratización de la segunda instancia y de la casación en tanto se prevé la posibilidad de participación efectiva de las partes a través de la audiencia multipropósito y de la sociedad civil mediante la intervención de las amigas y amigos del tribunal. Se refuerza

---

<sup>37</sup> Es el supuesto, por ejemplo, de los procesos de adopción en que la audiencia con los y las menores es obligatoria (arts.594 inc. f; 609 inc. b; 613 y 617 inc. b., del Código Civil y Comercial).

<sup>38</sup> Criterio sostenido por Fandiño M., González L., Sucunza M. (2020) *Proceso civil –un modelo adversarial y colaborativo-* CABA, Editores del Sur, p. 165.

<sup>39</sup> En relación al *certiorari* hay un tema a determinar, dada la redacción del art. XXX: 894 del anteproyecto que refiere al “rechazo *inmediato* del recurso”, que es que si cuando el recurso extraordinario exige el dictamen de la Procuración General, la oportunidad de la SCBA para ejercer la prerrogativa allí prevista puede ser anterior o siempre posterior a la intervención legal del Ministerio Público.

así también la garantía de Acceso a la Justicia de las personas en general y de los vulnerables en particular ( ver arts. 891 y 892).

Sin dudas, en el contexto descripto, la reforma proyectada en el tema bajo análisis, resulta altamente valiosa tanto en relación con las metas que persigue un moderno servicio de administración de justicia (solucionar de modo sustancial y con eficiencia conflictos humanos de relevancia jurídica y no limitarse a resolver formalmente expedientes en cuanto acopio de documentos, sean éstos papel o digitales) como en el cumplimiento de la función, tanto pública como privada, del proceso y se constituye, a su vez, como superadora del burocrático esquema recursivo actual.

Podemos sostener que, por los cambios realizados, implica una modificación de la matriz del régimen de impugnación, tanto ordinario como extraordinario, adecuándola a los nuevos estándares internacionales de Acceso a la Justicia; plazo razonable y eficiencia del sistema judicial. En ello se corre el riesgo de evaluar el anteproyecto con los cánones y sesgos actuales sin reparar en las exigencias convencionales y estándares internacionales imperantes que el mismo atiende e implementa en su diseño normativo. En efecto, el sistema recursivo proyectado contribuye a generar más transparencia, respeta y consolida el principio de progresividad, tiende a lograr mayor eficiencia en la protección de los derechos y garantiza la participación individual y colectiva de la sociedad.

Su mayor o menor utilidad práctica dependerá en el futuro, en definitiva, del conveniente uso por parte de los operadores judiciales de esta regulación procesal moderna en clave convencional.

Centro de Estudios sobre  
**Modernización en Litigación  
y Gestión Judicial  
de Conflictos no Penales**  
**EXTENSIÓN**



Facultad de Ciencias  
**JURÍDICAS  
Y SOCIALES**  
Universidad Nacional de La Plata

