

Voces: UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ DERECHOS CONSTITUCIONALES ~ AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD ~ DIVORCIO ~ PROCESO DE DIVORCIO ~ CONVENIO REGULADOR EN EL DIVORCIO ~ PERSONA MENOR DE EDAD ~ NIÑO ~ DERECHOS DEL MENOR ~ COMPETENCIA ~ PROCESO DE FAMILIA ~ CENTRO DE VIDA DEL MENOR

Título: La autonomía de la voluntad y el interés superior del niño: Propuesta-convenio regulador y cuestiones de competencia

Autor: Sosa, Guillermina Leontina

Publicado en: Sup. Const. 2015 (septiembre), 29/09/2015, 22 - LA LEY2015-E,

Cita Online: AR/DOC/3006/2015

Sumario: I. Introducción. — II. Consideraciones en torno al divorcio. Breve síntesis y remisión. — III. Los derechos de los niños frente al deber de presentar propuesta reguladora y cuestiones de competencia. — IV. Conclusión.

I. Introducción

Un hito histórico se ha dado en estos días, la vida de los argentinos y las argentinas regulada por el Código Civil y Comercial. En la nostalgia ha quedado Vélez para enarbolar con la convicción de la primacía de la realidad imperante el nuevo ordenamiento de fondo y también, aunque no sin controversias, de forma en algunas cuestiones de trascendencia.

Los abordajes doctrinarios en torno al ordenamiento en ciernes han proliferado desde que se dio a conocer el Anteproyecto. Sin embargo, la puesta en práctica del sistema nos expone a consideraciones otrora inadvertidas.

Incluso afirmaciones que nos atrevíamos a realizar sin hesitar, hoy la praxis nos obliga a detenernos nuevamente en ellas a fin de hallar interpretaciones respetuosas de principios de raigambre constitucional convencional, como seguidamente veremos (1).

En este sucinto trabajo nos referiremos a las implicancias que puede tener en la práctica el deber de las partes de acompañar una propuesta reguladora en la petición de divorcio como requisito de admisibilidad de la pretensión divorcista.

Es que, a nuestro modo de ver, la consagrada autonomía de la voluntad, que tanta pasión nos despierta desde siempre, como eje del novel sistema, se ve limitada en la medida de la imposición legislativa de propugnar el acuerdo. Hace ya tiempo advertimos que el triunfo de la autonomía de la voluntad se lograría en el Código, paradójicamente al costo de imponerla legalmente (2).

Al respecto, ha dicho Medina que la función del convenio "es facilitar a los cónyuges un vehículo para manifestar su voluntad en los casos en que exista acuerdo sobre los efectos, la autonomía de la voluntad tiene un papel limitado en estos convenios por las siguientes razones; deben presentarse obligatoriamente, deben atender a todas las materias específicamente señaladas y no pueden violentar los principios de igualdad y de libertad que inspiran el régimen matrimonial, además de estar sujeto a control judicial, cuyo resultado final consistirá en su homologación si se ajustan a los mencionados principios o su denegación, sin son contrarios a los mismos" (3). Se omite en esta interpretación, como veremos, que el deber de acompañar la propuesta (cuando lo es de modo unilateral) o el convenio (conjuntamente) con el contenido que la imposición legal describe, encuentra su límite en los derechos de los niños fruto de la relación que se finiquita y cuya regulación de crisis y cierre se pretende mediante la propuesta o el convenio.

Lo expuesto es sólo una reflexión del modo en que se ha redactado la norma y las consecuencias prácticas que la constricción puede acarrear si se efectúa una interpretación literal del vocablo "debe" seguida de "que regule los efectos derivados de éste —el divorcio—", contenido en el art. 438, Cód. Civil y Comercial. En estas líneas aludiremos puntualmente a la posible colisión que la obligatoriedad del tratamiento de algunas cuestiones puede tener con los principios de la Convención de Derechos del Niño, al suscitar en determinados casos el desprendimiento de la competencia del juez en razón del "centro de vida del menor".

Debe aclararse que, atendiendo a que la declaración de inconstitucionalidad resulta una solución de ultima ratio, se pretende efectuar una interpretación normativa que, sin desconocer el contenido de ella, sea fiel a la tutela de los derechos humanos con enclave constitucional convencional. En este punto debe recordarse la semejanza que Harold Koh encontró entre la eficacia de las reglas y las cláusulas del derecho internacional de los derechos humanos y un proceso jurídico transnacional, esto es, un proceso complejo de interacción institucional en virtud de la cual las cláusulas del derecho internacional no sólo son debatidas e interpretadas, sino en definitiva internalizadas por los sistemas legales domésticos (4).

II. Consideraciones en torno al divorcio. Breve síntesis y remisión

Ya mucho se ha escrito en torno al proceso de divorcio previsto por los arts. 436 y concs. Debemos aclarar que no es contenido de este artículo detenernos en este punto sobre el que autores de pluma se han abocado con interés, pasión y responsabilidad doctrinaria (5). Afortunadamente, incluso, tratándose de una cuestión de familia, la proliferación de escritos en torno a este instituto ha sido no sólo desde niveles académicos y jurídicos

sino también desde el ámbito periodístico y comunitario en general. Sin perjuicio del riesgo de imprecisión técnica e incluso cierta mendacidad de los artículos que circulan en la red, lo interesante de este Código es la participación ciudadana y el interés público que ha alcanzado.

Simplemente haremos un somero repaso del art. 438 en cuanto a que dispone que toda petición de divorcio (ya sea realizada de forma individual o por ambos cónyuges) debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste.

Dicha manda resulta un requisito de admisibilidad de la pretensión, por cuanto el mismo artículo sanciona su omisión con la imposibilidad de dar trámite a la petición.

Claro está, de conformidad con el citado artículo, el desacuerdo con el convenio no suspende el dictado de la sentencia de divorcio (art. 438, párr. 4).

Abundan los artículos en los que se distingue que la propuesta importa la realización de ella por una sola de las partes, en tanto que el convenio es un negocio jurídico bilateral.

Sin perjuicio de ello, tanto en uno como en otro caso, lo cierto es que el art. 438 dispone que la propuesta deberá regular los efectos derivados del divorcio, y lo propio hace el art. 439, que da inicio a la sección tercera, denominada "Los efectos del divorcio", y en el que se especifica, en lo que aquí interesa destacar, que "el convenio regulador debe contener las cuestiones relativas al (...) ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la prestación alimentaria".

En definitiva, en uno y en otro supuesto los temas que necesariamente "debe" contemplar tanto la propuesta como el convenio resultan asimilables, dejando por supuesto, una parte completamente librada a la autonomía de la voluntad de las partes en cuanto a otros temas no contemplados en la disposición. En ocasión de comentar esta norma, se ha afirmado, en interpretación que no compartimos, que "se realiza una enumeración ejemplificativa de los temas que deben incluirse (...) Al final del artículo se establece que, además de las enumeradas, pueden incluirse otras cuestiones que sean de interés para las partes. La referencia del artículo a 'otras cuestiones' supone que se trata de temas de carácter enunciativo. No se obliga a los cónyuges a incorporar todas las cuestiones, sino que la idea es que tienen libertad para convenirlas" (6). Si bien ésta sería la interpretación deseable, tal como lo ha expresado la Dra. Marisa Herrera en su reciente disertación efectuada en la ciudad de Pergamino el 7 de agosto de 2015 -a propósito de la encomiable tarea que la jurista viene realizando de divulgar y capacitar a los operadores del derecho en el nuevo Código - en cuanto a que el "debe" habría que leerlo como un "puede" en consonancia con el principio de la autonomía de la voluntad que campea en el Código Civil y Comercial, no es lo que surge de la norma en comentario —art. 439—, por cuanto el artículo claramente admite dividir el contenido del convenio en una parte necesaria impuesta por el "debe" y luego otra facultativa (la del final del artículo). La autonomía de la voluntad de las partes respecto de las primeras —cuestiones necesarias— se cierne a su contenido, pero necesariamente el artículo impone su abordaje. En tanto que la última parte del artículo deja completamente librada la autonomía de la voluntad de las partes tanto a la cuestión que consideren necesaria incluir como a su contenido.

Creemos que la cuestión, a los efectos de no contradicción de la norma con otros principios como los de la competencia del juez del centro de vida del menor en pos del interés superior del niño, la celeridad e inmediatez en la resolución de conflictos que incluyan personas vulnerables en razón de su edad, requeriría el abordaje de la cuestión impuesta en la norma, dejando en claro el modo o lugar en que se irán a resolver, esto es: el centro de vida del niño. Volveremos sobre este punto.

Dada la imposición de su abordaje por la normativa en comentario, como una consecuencia o efecto del divorcio cuando existan hijos de las partes, la interpretación que postula el mero carácter ejemplificativo de la norma nos parece deseable pero forzada en relación a la literalidad con que la norma impone a las partes el contenido de los efectos derivados del divorcio (los especifica en la primera parte del art. 439, artículo que a su vez da inicio a la sección denominada "Efectos del divorcio").

La completa libertad de las partes se limita, insistimos, para el resto de las cuestiones que podrían desear tratar los cónyuges, a tono con el eje del principio de autonomía de la voluntad como camino para la pacificación de conflictos familiares que prima en la reforma (7) (art. 439, última parte).

En una aproximación embrionaria que hiciéramos a esta norma, habíamos postulado que de la lectura literal de la norma citada surge que el convenio se integra con una parte necesaria, cuyo contenido está enumerado en ella taxativamente (8) y luego, como dijéramos en el párrafo anterior, una parte optativa librada absolutamente a los intereses, necesidades concretas y voluntad de las partes.

Sin embargo, la incipiente puesta en marcha del Código nos impone repensar la interpretación de este artículo a la luz de los principios que pueden entrar en colisión en supuestos concretos en los que estén involucrados menores de edad, conforme seguidamente veremos.

Ahora bien, frente a esta necesidad, como dijéramos con antelación, tampoco creemos que la interpretación pueda llevar a sostener que el "debe" en realidad señala un contenido facultativo y ejemplificativo, sino que creemos preciso, a fin de efectuar un análisis armónico, integrador y constitucional de la norma, buscar otra

interpretación ante la posible colisión de derechos que no implique desnaturalizar lo dispuesto por el legislador.

Es que en este punto y, en relación al carácter ejemplificativo que pretende otorgársele vía interpretativa al vocablo "debe" contenido en ambas disposiciones, resultan esclarecedoras las palabras de la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci en ocasión de efectuar el Prólogo al Proyecto de Código Modelo para la Justicia de Familia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Allí, al referirse a los siete puntos relevantes en torno a las ventajas del citado Código, menciona como primer punto el del lenguaje utilizado, expresando con la profundidad y claridad que caracterizan el pensamiento de la autora citada, que "Las palabras pueden estimular, tranquilizar, pero también confundir, exacerbar; de allí la necesidad de ser cuidadoso con el lenguaje utilizado, desde que éste debe ser una herramienta para la buena comunicación entre los seres humanos". Para luego agregar que la finalidad de la simpleza en el lenguaje es justamente que todos (jueces y legos) puedan entenderlo [\(9\)](#).

Dichas palabras aplicadas a las normas en estudio importan asignar al vocablo "debe" el de una manda imperativa conforme todos (jueces y legos) la entendemos y no el de una enunciación ejemplificativa que requeriría de la utilización de un "pueden".

Ante la puesta en vigencia del Código, supuestos como el que se aborda en estas líneas nos recuerdan lo indispensable de la lectura constitucional-convencional con que debe abordarse el nuevo articulado, conforme el mismo Código dispone en sus artículos 1 y 2, sin olvidar, como es sabido, que la abrogación de una norma importa siempre una solución de ultima ratio.

III. Los derechos de los niños frente al deber de presentar propuesta reguladora y cuestiones de competencia

En el capítulo referido a las reglas de competencia en materia de familia, el art. 716, acorde con la jurisprudencia y doctrina imperante [\(10\)](#), sienta el principio de la competencia del juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida para todos los procesos relativos a los derechos de niños, niñas y adolescentes.

En comentario a este artículo, se ha sostenido, con acierto manifiesto, que "el criterio elegido para establecer la competencia de los jueces en estas materias responde a pautas de la Convención sobre los Derechos del Niño y leyes reglamentarias a nivel nacional. Tal es la ley 26061 (art. 3)" [\(11\)](#).

La ley 26061 consagra como uno de sus ejes principales la idea de "centro de vida", de donde se manda atender al pleno desarrollo personal de los derechos del niño en su medio familiar, social y cultural y expresamente se alude al respeto por ese centro [\(12\)](#).

Es que la jurisdicción del juez que corresponde al centro de vida del menor es la mejor y más eficiente manera de garantizar el principio de inmediatez para la debida tutela de los niños y el acceso a la jurisdicción en tiempo oportuno. En este sentido, la Corte Interamericana ha sostenido que en vista de la importancia de los intereses en cuestión, 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, la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades" [\(13\)](#). El mejor juez para resolver las cuestiones relacionadas a los niños es el que "puede verificar más fácilmente la situación fáctica que rodea al pedido, ya que lo que se resuelva debe ajustarse a la cambiante realidad del beneficiario", atento a la provisoriedad y mutabilidad que caracterizan a las decisiones tomadas en materia de alimentos, cuidado y comunicación [\(14\)](#).

Por su parte, el art. 717, al regular lo concerniente a los procesos de divorcio y nulidad del matrimonio, dispone en lo que aquí nos interesa destacar que "En las acciones de divorcio o nulidad, las conexas a ellas y las que versan sobre los efectos de la sentencia, es competente el juez del último domicilio conyugal o el del demandado a elección del actor, o el de cualquiera de los cónyuges si la presentación es conjunta...".

Estas dos disposiciones son las que, a nuestro entender, requieren un detenido análisis en pos de salvaguardar la posible colisión de su literalidad con el principio del interés superior del niño.

En el supuesto en que los cónyuges se presentan conjuntamente no se advertiría a priori colisión posible. Ambos acuerdan en torno al divorcio —aun cuando la propuesta pueda no ser coincidente en todos los puntos o incluso cuando ambos presenten propuestas por separado al estar sólo de acuerdo en la petición de divorcio [\(15\)](#)— y por lo tanto pueden optar por la competencia del juez del domicilio de cualquiera de ellos. Dicha opción salvaguarda la posibilidad del cónyuge conviviente con los niños de interponer la acción en la jurisdicción de su residencia, lo que permite tutelar acabadamente los derechos del menor, pues, de conformidad con lo dispuesto por el art. 706, CCivCom., es ése el modo de facilitar el acceso a la justicia de la persona vulnerable en razón de su edad.

Sin embargo, esta posibilidad se ve cercenada cuando la presentación de divorcio no es conjunta. En este caso, como refiere el artículo 717 ya citado, la competencia se limita a la del último domicilio conyugal o el del demandado.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando uno de los cónyuges reside junto con su/s hijo/s menor de edad en una jurisdicción distinta a la del último domicilio conyugal o el del domicilio del demandado?

Para comenzar a despuntar la cuestión, podríamos recurrir a la excelente lógica interpretativa efectuada por Kemelmajer de Carlucci (16), aunque en torno al art. 7 del CCiv.yCom. Esto es, si el art. 716 no hace más que incorporar al articulado del Código Civil y Comercial una regla de competencia ya existente —en virtud de lo dispuesto por el art. 3, inc. f, de la ley 26061—, indagar cómo se resolvía la cuestión durante la vigencia del Código de Vélez.

En este sentido, debe señalarse en primer término una diferencia fundamental, en lo que al tema en reflexión hace, entre el nuevo Código y el de Vélez, que reside justamente en que este último no imponía a las partes el deber de efectuar una propuesta de acuerdo y tampoco que dicha propuesta abordara todos los efectos derivados del divorcio. Por ende, las cuestiones relativas a los niños podían no plantearse en la demanda de divorcio, y quedar supeditadas al planteo de las partes en el centro de vida del menor conforme a la jurisprudencia imperante (17) en la materia, a la luz de lo dispuesto por el art. 3 de la ley 26061.

La diferencia no es baladí. Aun cuando el nuevo Código recoge en su art. 716 el principio consagrado por el art. 3 (en especial, inc. f) de la ley 26061, lo que a priori nos permitiría afirmar que no ha habido un cambio sobre este punto mediante la regla contenida en el ya citado art. 716, CCiv.yCom., lo cierto es que las partes se hallan ante un punto de partida diferente al existente en el Código de Vélez, si tenemos en cuenta que, de conformidad con el art. 438, la propuesta "debe" contemplar las cuestiones atinentes a los "efectos del divorcio", entre las que se encuentran incluidas las relativas al niño.

¿Ello importa desplazar el principio de la competencia del juez de donde el menor tiene su centro de vida, previsto por el art. 716?

Creemos que no.

Ello por cuanto en la aparente colisión se halla en juego el interés superior del niño. Ese interés que doctrinaria y jurisprudencialmente ha sido vislumbrado como el del acceso efectivo a la jurisdicción, a que se garantice su derecho a ser escuchado, a que su opinión sea tenida en cuenta y a que el operador jurídico procure el mayor acceso del niño al examen de su propio caso (18). Este principio también es recogido por el art. 707 del CCiv.yCom. en cuanto regula la participación en el proceso de personas con capacidad restringida y de niños, niñas y adolescentes.

Si el cónyuge que no logra acordar la presentación conjunta, se ve constreñido a acudir a una jurisdicción que le es extraña y alejada del centro de vida del menor, y allí, en la propuesta a incluir las cuestiones relativas a los niños, no habría incentivo para el cónyuge que vive sin los niños y en otra jurisdicción de llegar a acuerdo alguno. Es que una interpretación que imponga al cónyuge conviviente con los niños en otra jurisdicción el tratamiento de las cuestiones atinentes a ellos en un lugar alejado del centro de vida de los hijos estaría no sólo desconociendo el interés superior del niño sino también fomentando la actitud renuente de la otra parte que no ha deseado pacificar el conflicto mediante el arribo a un acuerdo (en contra de los principios dispuestos por el art. 706 del CCiv.yCom.).

La cuestión reside entonces en delinear cómo ha de ser el contenido de la propuesta del cónyuge conviviente con los niños en una jurisdicción distinta a la del último domicilio conyugal o del domicilio del demandado.

Una posibilidad podría consistir en que en la propuesta reguladora se limite a abordar las cuestiones relativas a los efectos del matrimonio en las que no resulten comprometidos los intereses del niño con el que convive, explicitando que en relación a estos últimos se estará a la competencia del juez del lugar donde ellos tienen su centro de vida.

Ahora bien, ¿qué sucede si aborda las cuestiones relativas a los niños en su propuesta? Quizás milagrosamente el cónyuge que no quiso acordar con antelación lo haga en esta ocasión. Situación materialmente difícil si se tiene en cuenta que no ha logrado efectivizar una presentación de modo conjunto con el otro cónyuge, ni siquiera respecto de la petición de divorcio (y haciendo uso de la posibilidad de presentar propuestas separadas). De lo contrario, contestado que fuera por la otra parte el traslado, el acuerdo podría darse en la audiencia a que el juez los convocará de acuerdo a lo dispuesto por el mismo artículo 438.

Sin perjuicio de ello, si las cuestiones que quedaran sin resolverse fueran las relativas a los niños, ellas deberían dilucidarse por la vía correspondiente ante el juez competente en razón del centro de vida del menor.

En definitiva, entendemos que el modo que podría resolverse la aparente contradicción, y a fin de evitar la postura tendiente a abrogar la disposición contenida en el art. 438 en cuanto indica "debe" para referirse al tratamiento de los efectos del divorcio, y declarar su inconstitucionalidad, resulta ser la de una visión armonizante e integradora de todo el ordenamiento jurídico, de conformidad con lo dispuesto por la Carta Magna y los tratados de derechos humanos, de acuerdo incluso a como el propio legislador lo ha previsto en los artículos 1 y 2 del CCiv.yCom. (19).

Así, nuestro Máximo Tribunal Nacional ha expresado que "...una de las pautas de mayor arraigo en la doctrina de este tribunal, conforme a la cual la inconsecuencia o falta de previsión jamás debe suponerse en la

legislación, y por esto se reconoce como principio inconcuso que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto...", agregando que "...comprende además, su conexión con otras normas que integran el ordenamiento vigente, del modo que mejor concuerda con los principios y garantías de la Constitución Nacional..." (20).

En este orden de ideas, valga señalar que Hitters, autor a quien desde antaño seguimos, en un reciente artículo doctrinario en el que aborda la cuestión del control de convencionalidad, reactualiza algunos criterios ya esbozados con anterioridad y, en lo que aquí nos interesa destacar, afirma que el ente jurisdiccional interamericano ha dejado sentado que es necesario que tanto las interpretaciones judiciales y administrativas como las garantías se apliquen en el orden local adecuándose a los principios establecidos por la propia jurisprudencia del tribunal regional. Concluyendo que "En definitiva podemos decir que las referidas Cortes locales han enclavado entre sus andariveles ciertos estándares o principios relativos a los derechos humanos" (21).

Es entre estos principios que se encuentra el interés superior del niño consagrado por la Convención sobre los Derechos del Niño en su art. 3 y primordialmente los derechos reconocidos y garantizados por el art. 12 de dicho corpus iuris en cuanto los Estados Partes se obligan a garantizar el derecho del niño a expresar su opinión en las cuestiones que lo afectan y a que ella sea tenida en cuenta (12.1), y con tal fin a dar oportunidad a que el niño sea escuchado en el proceso de que se trate.

En relación a este artículo de la Convención, el Comité de los Derechos del Niño ha expresado algunas consideraciones cuya observancia resulta de fundamental trascendencia para la debida tutela del derecho en cuestión (22).

En primer término, en la introducción se afirma que el art. 12, CDN, "es una disposición sin precedentes en un tratado de derechos humanos; apunta a la condición jurídica y social del niño, que, por un lado, carece de la plena autonomía del adulto pero, por el otro, es sujeto de derechos". Para luego agregar que "El derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño ('el Comité') ha señalado el artículo 12 como uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño, lo que pone de relieve que este artículo no sólo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos".

Tamaño trascendencia no podría desnaturalizarse mediante una interpretación literal del art. 438 —439— que termine imponiendo al cónyuge que convive con el niño el abandono de la jurisdicción del centro de vida de este último a fin de cumplimentar el contenido exigido para el convenio regulador en dicha manda, en detrimento del interés superior del niño de respetar el centro de vida de él y contar con un acceso efectivo e inmediato a la jurisdicción.

La Convención de Derechos del Niño garantiza el derecho al niño a expresar su opinión libremente. El Comité observó que "Los Estados partes deben garantizar unas condiciones para expresar opiniones en que se tenga en cuenta la situación individual y social del niño y un entorno en que el niño se sienta respetado y seguro cuando exprese libremente sus opiniones".

Así las cosas, el entorno en el que el niño se sienta seguro será el de su centro de vida. Allí donde despliega su personalidad y tiene su arraigo y afectos.

Luego, el Comité indica, en torno al primer apartado del artículo, que la condición de que el niño debe ser escuchado si el asunto que se examina lo afecta, resulta básica y debe ser respetada y comprendida ampliamente.

Recuérdese, someramente, que "cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana de Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y ejecutivo, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado" (23).

De acuerdo a lo expuesto, la interpretación literal de los arts. 438, primer párr., 439 (primera parte) y 717 del CCiv.yCom. conduciría a la parte que se ve obligada a ir a otra jurisdicción que la del lugar en la que reside con sus hijos a cederla en pos de la correspondiente a la del último domicilio conyugal o domicilio del demandado en aras a obtener su divorcio, por cuanto, aun cuando la falta de acuerdo no obsta a que se decrete el divorcio, lo cierto es que, una vez presentada la propuesta en dicha jurisdicción, la parte se vería ab initio obligada a plantear ante el mismo juez por la vía que disponga la ley local lo atinente a los efectos del divorcio sobre lo que no hubo acuerdo, entre las que se encuentran las cuestiones relativas a los niños.

Claramente dicha interpretación iría en contra tanto de lo dispuesto por el art. 3, última parte, de la ley

26061, en cuanto dispone que "Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros", así como de la doctrina del máximo intérprete del sistema interamericano en cuanto a que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia del tribunal. Ello por cuanto la interpretación que del tratado efectúa la jurisprudencia interamericana nos recuerda que los tratados son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales (24).

Lo expuesto conlleva a que quien no ha logrado llegar a una propuesta reguladora conjunta (convenio) y tampoco un acuerdo que admita la presentación del divorcio en el domicilio de cualquiera de las partes en los términos habilitados por el art. 717, de tratarse del cónyuge que ha quedado a cargo de/l los niños fruto de la unión con residencia en extraña jurisdicción al demandado o del último domicilio conyugal podría: a) efectuar una propuesta reguladora en la que se indique que existen hijos, fruto de la pareja a disolverse pero que las cuestiones atinentes a la responsabilidad parental, deber de cuidado, alimentos y toda otra en la que se encuentre involucrado el interés del niño se planteará ante el juez competente en los términos del art 716; b) efectuar la propuesta de acuerdo a lo que estime conveniente y en caso de no llegar a acuerdo sobre los puntos concernientes a cuestiones vinculadas con los niños, deberá recurrir por la vía que corresponda ante el juez competente en razón del centro de vida del menor, sin quedar ligado en estos aspectos a la jurisdicción en la que se planteó el divorcio. Estas dos opciones permitirían no desnaturalizar el contenido de la imposición legislativa en torno al contenido que indica "debe" tener la propuesta y asimismo, salvaguardar el principio del centro de vida del niño.

Una interpretación en contrario conduciría a desproteger el interés superior de los niños que residen junto al cónyuge en distinta jurisdicción a la del último domicilio conyugal o domicilio del demandado, por cuanto no encontrarían debidamente tutelado su derecho a ser escuchados, a la inmediatez y acceso oportuno a la jurisdicción.

Justamente, el principio del centro de vida del niño para determinar la jurisdicción aplicable tiende a la protección del interés superior del niño, el que no podría verse conculcado con el deseo genuino del progenitor conviviente de divorciarse.

Nuestro Máximo Tribunal Cívero ha resuelto en este sentido (25), en un reciente fallo en el que hace suyo el dictamen de la procuradora fiscal, determinar la competencia del juez del lugar donde una niña tenía su centro de vida, apartándose del criterio de la Cámara, que había determinado la competencia del juez interviniente en el juicio de divorcio y homologación del acuerdo de tenencia. A dicho efecto, recordó el compromiso asumido por el Estado nacional en orden a garantizar al menor que se halle en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos aquellos asuntos que lo afecten y de que ésta sea debidamente considerada en función de su edad y madurez. A dicho efecto, sostuvo: "debe darse a la niña la oportunidad de ser escuchada acerca de los serios problemas de fondo en trance de definición, en los términos del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño".

En definitiva, como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías. El aplicador del derecho deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos (26).

IV. Reflexiones

Las palabras que anteceden, lejos de pretender erigirse en una respuesta única, en un inventario conclusivo de soluciones al planteo de inicio, aspiran a vislumbrar alternativas de interpretación respetuosas de los derechos de raigambre constitucional convencional ante una posible colisión de ellos.

Varios años atrás, Marisa Herrera, al reflexionar sobre la efectiva vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, se preguntaba si ella había importado para nuestro país sólo un incentivo para el cambio en el lenguaje o también una transformación de fondo. Para luego afirmar que "el tiempo pasa y los deberes como el diseño institucional que se desprenden de la Convención y reafirma la ley de Protección Integral de Derechos, en total consonancia con la doctrina internacional de los derechos humanos, no terminan de aterrizar" (27).

Afortunadamente, el nuevo Código explicita la intención del legislador de adecuar la normativa de derecho privado a los principios constitucionales y convencionales que sustentan el Estado de derecho, tendencia que ha sido denominada por la doctrina como "constitucionalización del derecho privado", que en materia de familia cobra especial trascendencia (28). En el instituto del divorcio se evidencia claramente la intención de adecuar el ordenamiento interno a la Constitución Nacional (arts. 19, 28 y 75, inc. 22, CN) y a las obligaciones internacionalmente asumidas (arts. 27 y 31.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados), en particular las emanadas de los arts. 1 y 2.1 de la CADH en cuanto imponen al Estado adecuar sus normas y prácticas a los principios y derechos reconocidos en ella, en particular respecto del respeto de la autonomía de la

voluntad y la no injerencia arbitraria del Estado en las relaciones de familia. Así, con antelación a la vigencia de éste, ya la jurisprudencia expresaba que "el nuevo Código Civil y Comercial trae una modificación sustancial en la materia, en lo referente a las decisiones de los adultos y a la reivindicación del pluralismo que pregona la doctrina internacional de los derechos humanos" (29).

Esta adecuación del ordenamiento privado a la luz de los principios de raigambre constitucional convencional imponen al intérprete la búsqueda de soluciones que, sin desnaturalizar lo legislado, sean razonables y mantengan incólumes los primeros en pos del efectivo resguardo de la dignidad humana.

En este sentido —en palabras de Morello—, la tarea del juez, del defensor, del docente, se desenvuelve a posteriori cuando se trata de juzgar si la obra del legislador se ha realizado dentro del ámbito de validez fijado por la norma constitucional. En cambio, para el legislador, la norma constitucional es un a priori de su tarea constructiva (30).

La declaración de inconstitucionalidad de una norma importa una solución de ultima ratio, por lo que la nueva legislación requiere de miradas y planteos jurídicos avezados que tengan como eje los principios que rigen la tutela de los derechos humanos fundamentales: el principio pro homine y el de progresividad que importan estar a aquella interpretación que tutele más acabadamente la vigencia de los derechos humanos y, en lo que al tema en tratamiento refiere, al interés superior del niño, el acceso a la jurisdicción en el centro de vida de él, el principio de intermediación y celeridad con que deben abordarse los temas concernientes al colectivo de personas vulnerables.

El ser humano no puede desentenderse del tracto temporal. Los conceptos de cambio y de tiempo están inseparablemente ligados. La acción aspira a determinada mutación y por ello tiene que pertenecer al orden temporal (31). Orden que, en materia de tutela de los derechos humanos, ha de ser necesariamente oportuno.

Los operadores jurídicos estamos ante un momento histórico que requiere, para la debida efectividad y despliegue de la persona humana, la comprensión y aplicación de las normas desde la impronta de los derechos humanos, ésa es la máxima a la que debe ceñirse toda interpretación. Cançado Trindade afirmaba ya en el año 2002 que "los avances en la protección internacional de los derechos humanos requieren que su corpus iuris alcance efectivamente las bases de las sociedades nacionales" (32). Este es el desafío del Nuevo Código y quienes se hallan llamados a aplicarlo, procurando que dicha aspiración no se vea desvirtuada en la práctica por interpretaciones que releguen la tutela del ser humano.

(1) Respecto de la interpretación conforme se ha dicho que "es la técnica hermenéutica por medio de la cual los principios y normas contenidos en los tratados internacionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales) para lograr su mayor eficacia y protección". Conf. Ferrer Mac Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad", en Carbonell, Miguel et al. (coords.), La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011, disponible en www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf.

(2) Morea, Adrián O. y Sosa, Guillermina L., "La autonomía de la voluntad: camino para la pacificación de los conflictos familiares. Acertada respuesta del Proyecto de Código", JA 2014-II-7.

(3) Medina, Graciela, "Matrimonio y disolución", disponible en la pagina web www.gracielamedina.com.ar, con cita de Fernández Gil Viega, Isabel, "Efectos comunes de la separación y divorcio", en Díez Picaso Gimenes, Gema (coord.), Derecho de familia, Thomson Reuters, Madrid, 2012, ps. 1353/1354.

(4) Koh, Harold, "Why do Nations Obey International Law?", Yale Law Journal, vol. 106, nro. 8, ps. 2599/2659, p. 2602, cit. en Steiner, Christian y Uribe, Patricia (coord.), Convención Americana de Derechos Humanos comentada, Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 8.

(5) Entre otros, puede verse Kemelmajer de Carlucci, Aída y Herrera, Marisa, "El divorcio sin expresión de causa y los deberes y derechos matrimoniales en el nuevo Código", LL del 2/7/2015, p. 1; LL 2015-C-1280; Kielmanovich, Jorge L., "El proceso de divorcio en el Código Civil y Comercial", LL del 28/4/2015, p. 1; LL 2015-B-1102; Kemelmajer de Carlucci, Aída y Herrera, Marisa, "Convenio regulador en el divorcio. Respuestas a preguntas equivocadas", LL del 17/3/2015, p. 1; LL 2015-B-1134.

(6) Duprat, Carolina, en comentario al art. 439 en la obra dirigida por Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lloveras, Nora, Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014, t. IV, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, ps. 401/403. Si bien no compartimos la interpretación ya señalada, resulta muy recomendable la lectura del comentario efectuado por la autora citada en su totalidad, al cual remitimos en honor a la practicidad y detalle con que realiza su análisis. Ídem, de la misma autora, comentario a la norma en Código Civil y Comercial de la Nación comentado, disponible en Infojus.

(7) Al respecto puede verse Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014", LL del 8/10/2014, disponible en

<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/Las-nuevas-realidades-familiares-en-el-Codigo-Civil-y-Comercial>
Herrera, Marisa, "Principales cambios en las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", www.infojus.gov.ar, Infojus, 2/10/2014; Herrera, Marisa, "La lógica del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de familia. Reformar para transformar", www.infojus.gov.ar, Infojus, 29/12/2014.

(8) Morea, Adrián O. y Sosa, Guillermina L., "La autonomía...", cit., p. 8.

(9) Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires, Código procesal modelo para la justicia de familia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1ª ed., Jusbaire, Buenos Aires, 2014, p. 20. Disponible en www.editorial.jusbaire.gov.ar/descargar/56.pdf.

(10) Al respecto manifestaba con acierto Ferreyra de De la Rúa, Angelina: "Es, además, novedoso en este aspecto que la determinación de la competencia del juez del centro de vida del menor de edad se establezca no sólo cuando se trata de un 'juicio principal' sino cuando se trata de 'modificar lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional', tal como reza la norma que nos ocupa". Ferreyra de De la Rúa, Angelina, "El procedimiento de familia en el Proyecto", LL del 21/6/2012, p. 1; LL 2012-D-722. Sin embargo, el tema, como veremos, se presenta cuando no ha habido planteo anterior respecto de los efectos relativos a los niños.

(11) Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lloveras, Nora (dir.), Tratado..., cit., t. IV, p. 467.

(12) Corte Sup., 16/8/2011, "V., D. L. s/restitución de menores - Ejecución de sentencia", Fallos 334:913, disponible en www.csjn.gov.ar/data/intsupn.pdf.

(13) Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Fornerón e hija v. Argentina", sentencia de 27/4/2012.

(14) Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lloveras, Nora (dir.), Tratado..., cit., p. 469.

(15) En este punto ha de resaltarse que puede haber divorcio bilateral con propuesta conjunta total, parcial o sin propuesta conjunta, que sería el supuesto en que ambos cónyuges acordaran en torno a la petición de divorcio, pero mantuvieran diferencias absolutas respecto del contenido de las propuestas. Luego, el divorcio también puede ser unilateral con propuesta individual. Al respecto, y en virtud de su claridad expositiva, puede consultarse: Herrera, Marisa, "El régimen de divorcio incausado en el Código Civil y Comercial de la Nación", Supl. Esp. Código Civil y Comercial de la Nación. Familia 2014 (diciembre), p. 53; Kielmanovich, Jorge L., "El proceso de divorcio en el Código Civil y Comercial", LL del 28/4/2015, p. 1; LL 2015-B-1102. Asimismo, resulta preciso el artículo elaborado por las Dras. Kemelmajer y Herrera titulado "Convenio regulador...", cit. Sin embargo, y a tono con la postura que pregonamos en estas líneas, nos permitimos disentir con lo expresado por ellas en cuanto a que "En suma, los efectos que se explicitan en el artículo (atribución de la vivienda, distribución de los bienes, eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges; ejercicio de la responsabilidad parental, prestación alimentaria) forman parte de una enumeración meramente enunciativa, que puede involucrar y resolver sólo parcialmente los efectos del conflicto". Ello por cuanto, si bien la disposición admite el tratamiento por las partes de otras cuestiones no enumeradas en la primera parte del art. 439, ello no las vuelve meramente enunciativas. La norma, al consignar "deben", impone a las partes su abordaje.

(16) Véase de la autora citada: "El artículo 7 del código civil y comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme", disponible en www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/04/El-art%C3%ADculo-7-del-c%C3%B3digo-civil-y-comercial-y-los-expedientes-en-tr%C3%A1mite-en-los-que-no-existe-sentencia-firme, Sobre el mismo tema, pero en disímil postura, puede verse Rivera, Julio César, "Aplicación del Código Civil y Comercial a los procesos judiciales en trámite. Y otras cuestiones que debería abordar el congreso", LL del 4/5/2015, p. 1; LL 2015-C-645. El debate doctrinario generado entre ambos autores es reflejo del histórico momento jurídico en el que las disposiciones del nuevo Código son campo fértil para la diversidad de opiniones e interpretaciones.

(17) En relación a la vinculatoriedad de las sentencias, ha expresado con acierto Maria Angelica Gelli que "Los fundamentos de las sentencias pueden desarrollar principios de largo alcance, interpretaciones destinadas a mantenerse en el tiempo pese a las diferentes integraciones del tribunal". Situación esta que se manifiesta con lo atinente al respeto del centro de vida del menor.

(18) OC-17/02M, "Condición jurídica y derechos humanos del niño", resolución del 28/8/2002.

(19) En relación a la interpretación sistemática u orgánico-armonizante, ha afirmado Sagüés, es "aquella que atiende a la totalidad de los preceptos de una norma... así como su enlace con todas las del ordenamiento jurídico (en particular con las que disciplinan las mismas materias), y de modo que mejor se adecuen al espíritu y a las garantías de la Constitución Nacional. Es una fórmula que descarta la interpretación aislada de un precepto jurídico...". Sagüés, Néstor, "Interpretación constitucional y alquimia constitucional (el arsenal argumentativo de los tribunales supremos)", JA 2003-IV-1220.

(20) Corte Sup., in re, "M., G. v. P., C. A.", Fallos M 394.XLIV, del 26/6/2012; en el mismo sentido: Fallos 314:445, 321:730, 324:975; entre otros, cit. en C. Civ. y Com. Mar del Plata, sSala 3ª, 15/4/2014 "G., E. L. v. H., C. D. s/incidente de alimentos".

(21) Hitters, Juan Carlos, "Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)", LL del 11/3/2015, p. 1; LL 2015-B-0.

(22) Observación general 12 (2009), "El derecho del niño a ser escuchado".

(23) CIDH, "Caso Mendoza y otros v. Argentina", Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, sentencia de 14/5/2013.

(24) Conf. CIDH, "Caso Atala Riffo y niñas v. Chile", sentencia del 24/2/2012, párr. 83.

(25) Corte Sup., 23/6/2015, "B. S., G. E.v. M., H. s/medidas precautorias", Supl. Doctrina Judicial Procesal 2015 (agosto), p. 19.

(26) OC-17/02, "Condición jurídica y derechos humanos del niño", del 28/8/2002.

(27) Herrera, Marisa, "¿20 años no es nada? Algunas reflexiones críticas y necesarias acerca de la Convención sobre los Derechos del Niño", LL 2009-F-1417.

(28) Al respecto, véase Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014", LL del 8/10/2014, p. 1; LL 2014-E-1267.

(29) Fallo del Trib. Colegiado Familia Rosario n. 7, 9/2/2015, "M. R. M. y F. C. M. s/divorcio por presentación conjunta", LL Online.

(30) Couture, Eduardo J., LL 72-802.

(31) Von Mises, Ludwig, La acción humana, tratado de economía, 7ª ed., Unión Editorial, 2004, p. 119.

(32) Cançado Trindade, Antonio A. y Martínez Moreno, Alfredo, Doctrina latinoamericana del derecho internacional, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, p. 64.