



# Justicia anamnética de familia y derechos del niño

DRA. SILVANA BALLARIN | Doctora en Ciencias Jurídicas (Universidad Nacional de La Plata).

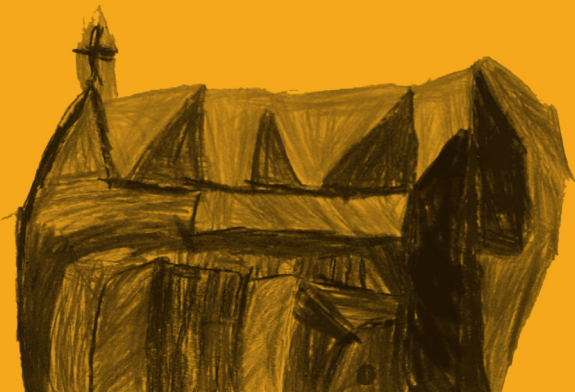
Profesora regular de Derecho de Familia y Sucesiones en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata y titular en la Universidad FASTA.

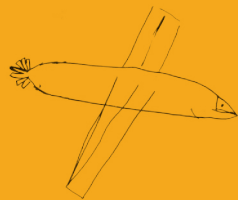
Jueza de Familia del Juzgado N°1 de Mar del Plata desde 2002.

Directora del Grupo de Investigación «Familia, Tiempo y Derecho» de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata.

myf

90





## 1. Introducción

La reflexión acerca de la justicia y la memoria se ha introducido en el ámbito del derecho penal con más rapidez que en otras ramas de las ciencias jurídicas. Sin embargo, el análisis de una justicia que incluya a todos los integrantes de la familia –presentes o ausentes en lo fáctico– resulta, a mi modo de ver, indispensable para restaurar los lazos quebrados.

Cuando se produce la separación de los padres la realidad familiar se transforma y el niño modifica su sistema de convivencia. Pero cuando los conflictos entre los adultos se agravan, puede producirse una limitación

o ausencia de contacto entre el hijo y su progenitor no conviviente. Y así, de una situación de cambio se pasa a una instancia de conflicto en la que se instala la idea de que *es posible* que el niño viva sin madre o sin padre.

La justicia anamnética es aquella que integra al presente fáctico el presente *posible*, en una necesaria alusión al pasado. Al aplicar tal concepto al derecho de familia, evoco, necesariamente, las transformaciones que se dan en cada grupo familiar durante el desarrollo de los tiempos vitales de sus miembros e intento reflexionar acerca de la *presencia de la ausencia* de la madre o del padre que ya no comparte el hogar con su hijo. Justicia que tiene en cuenta el



sufrimiento concreto de cada persona. Pero también justicia que, desde allí, intenta reconstruir un futuro sin ausencias, respetando el derecho humano del niño –y de sus padres– a una plena vida familiar.

## 2. Un planteamiento anamnético de la justicia

*«El sufrimiento, declarado por la razón in-significante, se constituye en condición de toda verdad. La verdad no es imposible, ni imparcial, sino una aprehensión de la realidad en su totalidad que arranca precisamente de la venida a presencia de la parte ausente».*

Reyes Mate, *«La causa de las víctimas. Por un planteamiento anamnético de la justicia»*<sup>1</sup>.

Dice Reyes Mate que nuestro presente está construido *sobre los vencidos, que son la herencia oculta*<sup>2</sup>, aludiendo luego a la *razón compasiva*, término con el que evoca al *otro* sufriente, olvidado: no se trata, entonces, de hacer un favor

al necesitado, sino de constituirnos como sujetos a partir del otro: *«Estamos obligados a seguir pensando, pero ya no en abstracto, sino a partir de la condición humana, esto es, teniendo en cuenta el espacio y el tiempo»*<sup>3</sup>.

Esta manera de pensar la justicia es, precisamente, la que se propone Gustavo Zagrebelsky<sup>4</sup>, al añadir a las dos concepciones clásicas de la justicia –distributiva y retributiva– la *reconciliativa* o *reconstructiva*.

Para aclarar su significado alude a dos ejemplos, el primero de los cuales es el *rib* del antiguo derecho judío. Este procedimiento era reservado a aquellas controversias entre quienes existía un vínculo familiar o de amistad<sup>5</sup>, relación que les permitía dirimir la disputa entre ambos, sin la presencia de un tercero, en tanto el objetivo no era el castigo al culpable sino la reconciliación: *«Es la humanidad del adversario lo que se intenta tocar y sobre la que se quiere influir, porque se está interesado antes que nada en ella. El objetivo no es por tanto la justicia retributiva. Es decir,*

*la reparación de la ofensa con una sanción equivalente, sino, por el contrario, el restablecimiento de una comunidad, fracturada o violada (...) La imagen apropiada no es la del ojo por ojo, sino la del nudo que debe ser nuevamente anudado. (...) El rib, como la justicia cristiana, busca recuperar la relación fraterna*<sup>6</sup>».

También la idea de reconciliación unida a la memoria está presente en la ley dictada por el Estado Sudafricano abolidas las políticas del *apartheid*: la reconciliación se busca a partir de la exoneración de las sanciones unida a la memoria y la elaboración del mal cometido<sup>7</sup>.

## 3. Justicia anamnética y derecho de familia<sup>8</sup>

Si reflexionamos ahora en la necesidad de respetar el derecho del niño y de ambos progenitores a gozar de una plena vida familiar, advertimos que la noción de justicia anamnética resulta de indudable pertinencia: la anamnesis *«como la no indiferencia respecto al otro, en tanto que el otro es otro y está*

*próximo (prójimo)»<sup>9</sup>. ¿Qué prójimo más próximo que aquél con quien me une un lazo familiar?*

La realidad familiar no se limita a la fáctica. El niño es hijo de ambos padres. Su identidad está constituida desde lo genético por ellos, pero su identidad dinámica debe, además, ser construida con sus presencias.

Cuando el conflicto de los adultos ha llevado al niño a ser alejado de alguno de sus padres, la efectividad del proceso judicial debe tender a la recuperación urgente del contacto entre ambos, así como a prever también la forma en que el niño recupere la historia familiar aún no descubierta, para construir su propia historia *posible*.

Memoria, entonces, para reconstruir un vínculo dañado. Pero memoria dispuesta a conciliar antes que castigar, advirtiendo que la sanción puede dañar al grupo familiar y perjudicar, en particular, al niño.

Es, justamente, en este punto, donde

cobra una nueva dimensión la idea de temporalidad unida a la consideración del otro.

#### **4. Temporalidad y derechos humanos del otro**

Hablamos de anamnesis como no indiferencia al otro, y nos acercamos al concepto de responsabilidad por el otro. Es así como se intenta escapar de la visión de un pasado anónimo hacia un futuro que incluye al otro al «*hacerme cargo, no de la existencia propia sino de la indigencia ajena*»<sup>10</sup>.

Esta manera de pensar un humanismo que parte de la consideración del otro como próximo es la que propone Emmanuel Lévinas al plantear la alteridad desde el rostro del *otro*. Es en este contexto ético que reflexiona sobre los derechos del hombre como *derechos del otro hombre*: «*El descubrimiento de los derechos que bajo el título de los derechos del hombre se vinculan con la propia condición de ser hombre, independientemente de cualidades tales*

*como el rango social, la fuerza física, intelectual y moral, virtudes y talentos mediante los cuales los hombres difieren unos de otros y la elevación de esos derechos al rango de principios fundamentales de la legislación y del orden social, marcan ciertamente un momento esencial de la conciencia occidental. Aunque los imperativos bíblicos «No matarás» o «Amarás al prójimo» debieron esperar desde hace milenios la entrada de los derechos, vinculados con la humanidad del hombre, en el discurso primordial de nuestra civilización»<sup>11</sup>.*

El respeto a la personalidad del otro importa el reconocimiento a su humanidad concreta, con intereses, deseos y derechos concretos. En el caso del niño, si bien su condición de sujeto es reconocida tanto por la Constitución Nacional, Convenciones Internacionales y derecho infraconstitucional, muchas veces concebimos el superior interés del niño desde el *yo* de sus padres, y también desde el propio de los operadores judiciales<sup>12</sup>. Tanto en el caso del niño como ser en formación y, por ende, más vulnerable, como en relación

a sus progenitores, la efectividad del respeto a sus derechos comienza así por acceder a su humanidad concreta.

### 5. Proceso de familia y efectividad de los derechos del niño

Planteadas la necesidad de una justicia que integre la voz del ausente al proceso en la construcción de un futuro que lo incluya, que lo haga visible y, por ende, le reconozca una voz propia, cabe ahora reseñar brevemente las condiciones del proceso de familia en el que tales propuestas pueden realizarse.

Esbozaré a continuación algunos lineamientos.

a) *El proceso de familia como realización de una justicia anamnética importa el reconocimiento de la preexistencia de lazos parentales que hacen a la identidad de hijos y padres*<sup>13</sup>.

El proceso de familia es la herramienta a través de la cual los derechos consagrados en abstracto en las leyes se

vuelven eficaces, reconociendo no solamente la existencia de un presente *fáctico*, sino de un presente *posible*: el que determina el juez en la sentencia al reconocer el derecho de comunicación entre padres e hijos que no conviven.

La eficacia de la norma es reivindicada desde la teoría del derecho<sup>14</sup>, en tanto el interés se desplaza desde el reconocimiento formal de derechos a su consagración concreta. Ello conduce a la incorporación del concepto de efectividad ligada al logro de resultados que la sentencia persigue: el derecho –y el proceso– se vuelve *flexible*: «ese entramado de normas debe ser lo suficientemente flexible como para permitir que tal incidencia sea dinámica y adaptable en función de las circunstancias y posibilidad de efectividad de las medidas propuestas en la norma»<sup>15</sup>.

En ese marco, el logro de un proceso rápido y la búsqueda de medios que contribuyan al cumplimiento de la sentencia constituye una de las temáticas recurrente en la doctrina<sup>16</sup>. Propone Eva Camacho Vargas, Juez de la Corte

Constitucional de Costa Rica, la necesidad de «una red de apoyo a las decisiones judiciales» que permita «concatenar servicios comunales profesionales no judiciales, exigiendo seguimiento en terapias en espacios no judiciales»<sup>17</sup>.

También el principio de la *perpetuatio jurisdictionis*, en tanto reconoce la conveniencia de reunir en un solo tribunal todas las cuestiones vinculadas, en el caso, a la misma familia resulta acorde a la concepción de la justicia anamnética, en tanto «en esencia, la conexidad se configura en supuestos en que la materia litigiosa, introducida con posterioridad a la radicación de la causa originaria, constituye una prolongación de la misma controversia, de suerte tal que sea menester someterla al tribunal que previno para permitir la continuidad de criterio en la valoración de los hechos y el derecho invocado»<sup>18</sup>.

b) *El reconocimiento de tales lazos impone la reconstrucción de aquellas relaciones quebradas o dañadas.*

El proceso de familia tiende entonces

a la conciliación, por encima de toda otra modalidad de solución de las controversias. Reconoce la capacidad de la propia familia para proponerse sus propias reglas de convivencia y se instala en un rol subsidiario de aquéllas.

En este contexto, la importancia del rol del Consejero de Familia en la Etapa Previa del proceso en la Pcia. de Buenos Aires, ha sido uno de los logros más reconocidos de la ley 11.453, siendo su objeto la autocomposición del litigio<sup>19</sup>. La conciliación constituye uno de los objetivos perseguidos, además, por el propio juez en el desarrollo de las diversas etapas del proceso (arts.842 y 849 del CPCBA, referidos a las audiencias preliminares y de vista de causa respectivamente).

Eduardo Cárdenas lo ha visto claramente hace décadas en su experiencia como Juez de Familia, advirtiendo que «*Lo que importa de este proceso judicial enancado en el proceso familiar no son primordialmente las soluciones aportadas por los jueces: las verdaderas sentencias las va dictando la vida y*

*los miembros de la familia sólo aceptarán fallos que no abroguen totalmente ni descalifiquen gravemente las reglas familiares existentes*»<sup>20</sup>.

*c) El reconocimiento de los derechos concretos de los miembros de la familia en crisis impone necesariamente al juez su conocimiento personal, resaltando la necesaria intermediación del proceso de familia*<sup>21</sup>.

Decíamos antes que no hay derechos abstractos sino humanidad concreta. Para ser congruente con ello, el proceso debe privilegiar la intermediación y la oralidad.

En particular en relación al niño, su escucha en el proceso se constituye hoy como necesaria<sup>22</sup>: La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha señalado el carácter personalísimo de este derecho, por lo que no puede admitirse su ejercicio a través del representante promiscuo del niño ni de la figura del tutor *ad litem*<sup>23</sup>. Consagrada la participación del niño en el proceso en forma directa, el ámbito de discusión se cen-

tra ahora respecto de las modalidades que para tal escucha se proponen<sup>24</sup>.

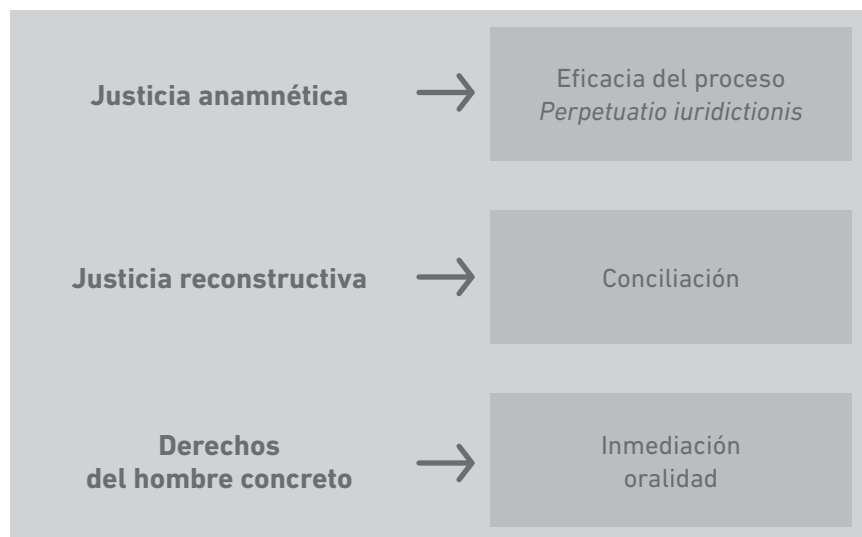
## 6. Conclusión

Cuando intervenimos en un proceso de familia debemos hacerlo con la conciencia de que estamos ante un sistema –el familiar– que nos precede y, por lo tanto, que tiene una normativa y una historia propia. Es la familia la que ha venido dictándose sus propias normas de convivencia hasta que el litigio judicial irrumpe en esa dinámica, introduciendo sus propias normas –las de los códigos civil y procesal y, fundamentalmente, la de las Convenciones Internacionales y las de la Constitución Nacional–.

No está en duda el rol subsidiario que debe cumplir el Estado, acompañando a la familia en los momentos de crisis<sup>25</sup>. Pero tal subsidiariedad no importa debilidad a la hora de suministrar una respuesta eficaz que reestablezca los vínculos dañados. Para ellos será necesario compartir con la familia un camino

en el que se recupere la plenitud de la vida familiar truncada por desencuentros. La *justicia anamnética* aparece así como una vía posible para ello. ■

#### JUSTICIA ANAMNÉTICA Y PROCESO DE FAMILIA



#### CITAS

<sup>1</sup> Conferencia pronunciada en el marco del III Seminario de Filosofía de la Fundación Juan March, abril de 2003.

<sup>2</sup> Aut. cit., «*La herencia del olvido*»; Errata Naturae, Madrid, 2008, pág.23.

<sup>3</sup> Aut. y ob. cit., pág.27.

<sup>4</sup> Aut. cit., «*La exigencia de justicia*», en coautoría con MARTIN, CARLO MARÍA, Trotta, Madrid, 2006.

<sup>5</sup> El otro procedimiento, el mispat, era válido cuando los litigantes eran enemigos o, la menos extraños. Ambos comparecían ante un tercero imparcial, el juez (ob. cit., pag. 37).

<sup>6</sup> Dice el autor que la diferencia con la concepción cristiana radica en que esta última tiende a la compasión recíproca, antes que al reconocimiento de inocente ofendido y culpable ofensor (ob. cit., pág.40).

<sup>7</sup> Se crea por ley la «Comisión para la verdad y la reconciliación» en diciembre de 1995 «la consiguiente exoneración de las sanciones, tanto penales como civiles, no comportaba el perdón y el olvido, como sucede en nuestra noción de amnistía, sino, por el contrario, la memoria y la elaboración del mal cometido y sufrido. Las medidas de reparación fueron asumidas por el Estado, esto es, por la colectividad interesada en la pacificación» (ob.cit., pág.42). A un proceso similar en Ruanda hace referencia Jennie E.Burnet en «La injusticia de la justicia local: verdad, reconciliación y venganza en Ruanda», en «Revista de Estudios sobre Genocidio», Eduntref, Buenos Aires, 2008, págs.24/46, Universidad Nacional de Tres de Febrero.

<sup>8</sup> BALLARIN, SILVANA, *El Proceso de familia y el tiempo*, Editorial Juritexto, Costa Rica, 2014.

<sup>9</sup> GABILONDO, ANGEL, «*La vuelta del otro*», Trotta, Madrid, 2001, pág.216.



<sup>10</sup>DUQUE, FÉLIX, introducción a «*El tiempo y el otro*», de Emmanuel Lèvinas, Paidós, Barcelona, 1993, pág.32.

<sup>11</sup>LÈVINAS, EMMANUEL. «*Entre nous. Essais sur le penser-à- l'Autre*», Paris, Grasset, 1991, pág.215, citado por Salvatore Schiffer, «*La filosofía de Emmanuel Lèvinas. Metafísica.Etica. Estética*», Ediciones Nueva Visión, 2008, Buenos Aires, pag.128.

<sup>12</sup>BALLARIN, SILVANA, «Los derechos Humanos del otro hombre», en La Ley Actualidad, Buenos Aires, 23 de marzo de 2010, págs.1/3.

<sup>13</sup>BALLARIN, SILVANA, *La eficacia de la sentencia en el sistema de comunicación entre padres e hijos*, Librería Editora Platense, La Plata, 2013.

<sup>14</sup>HIERRO, LIBORIO, «*La eficacia de las normas jurídicas*», Ariel, Barcelona, 2003, págs.13 y stes. También en tal sentido CALSAMIGLIA, ALBERT, «*Racionalidad y eficiencia del derecho*», Distribuciones Fontamara, Méjico, 2003, pág.65.

<sup>15</sup>GONZALEZ ORDOVAS, MARÍA JOSÉ, «Ineficacia, anomia y fuentes del derecho», Dykinson, Madrid, 2003, pág.56.

<sup>16</sup>En lo que se refiere al derecho de familia en particular, el logro de resoluciones judiciales eficaces ha sido tema recurrente de reflexión de la doctrina. No es casual que la exposición con la que Aída Kemelmajer diera apertura al IX Congreso Mundial de Derecho de Familia (Panamá, 1996) estuviera dedicada a reflexionar «en torno a la eficacia del llamado proceso familiar». En el ámbito del mencionado Congreso Mundial de Derecho de Familia de Panamá (1996) se presentaron otras ponencias relativas a la eficacia del proceso: Así, la de la Lic. Rosaria Correa («Aplicación y eficacia de los principios procesales en los procesos de familia panameños» (Libro II de Prememorias del Congreso, págs.576/98), y «Proceso de Familia: Posibilidad de citación de miembros

que no revisten en carácter de parte» de mi autoría (pág.486/490, libro II cit.), en la que se analizaba la citación de miembros de la familia al proceso como estrategia de una mayor eficacia de la actuación judicial en tanto mayor compromiso de los miembros de la familia con el cumplimiento de la sentencia. Concluyó la comisión en que «es deseable que los procedimientos judiciales se resuelvan conforme a criterios de eficacia y no excesivamente sobre pautas formales», IX Congreso Mundial de Derecho de Familia, Conclusiones publicadas en RDF N° 9, pág.214.

<sup>17</sup>CAMACHO VARGAS, EVA, «Los principios procesales desde un enfoque familiar», en en «Derecho Procesal de Familia. Tras las premisas de su teoría general», Editorial jurídica Continental, (ob. col. Dir: Diego Benavides Santos y Jorge Kielmanovich) Costa Rica, 2008, pág. 34.

<sup>18</sup>KIELMANOVIC, JORGE. «Los principios del proceso de familia», en «Derecho Procesal de Familia. Tras las premisas de su teoría general», ob. cit., págs.25/6.

<sup>19</sup>BERMEJO, PATRICIA, «*El proceso de familia en la Provincia de Buenos Aires*», en Revista de Derecho Procesal. 2002-I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, pág.43.

<sup>20</sup>Aut. cit. «La familia ensamblada en el derecho procesal», [www.fundacionretonio.org.ar/contenidos/articulos/juris9.doc](http://www.fundacionretonio.org.ar/contenidos/articulos/juris9.doc), en forma concordante a lo ya dicho en obras anteriores, tales como La familia y el sistema judicial, Emecé, Buenos Aires, 1988 y Familias en crisis. Intervenciones y respuestas desde un Juzgado de Familia, Fundación Retoño, Buenos Aires, 1992.

<sup>21</sup>BALLARIN, SILVANA «Justicia de proximidad», RDF N° 51, Abeledo Perrot, Buenos Aires, setiembre de 2011, págs.47/54.

<sup>22</sup>Se trata de un imperativo de orden público, atento los derechos constitucionales a la igual-

dad, intimidad y dignidad humana (arts.16, 19 y 33 de la Constitución Nacional) y resulta además, de la consideración del niño como sujeto de derecho y, consecuentemente, sujeto procesal (Elsa Cabrera de Dri, «Características del proceso de familia» en «Derecho de daños, 4ta. Parte B (Daños en el derecho de familia», Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2003, págs.89/91.

<sup>23</sup>SCBA, 02 de mayo de 2002, autos «S.DE R., S.R. C/R», J.A. (Ac. N° 78.728, en LL 2003-A, págs. 423/433).

<sup>24</sup>Ver en relación a ello el completo estudio que realiza Eduardo Julio Pettigiani, juez de la Excma. Suprema Corte de la Pcia. de Buenos Aires en «Familia y sucesiones. Enfoque actual», (ob. colectiva director: Augusto M.Morello, Librería Editora Platense, La Plata, 2006) «Derecho del niño a ser oído. ¿Cómo debe ser escuchado?», págs.61/105. El X Congreso Internacional de Familia (Mendoza, 1999) incluyó entre las conclusiones de la Comisión II («El niño como sujeto de derecho» que «el juez debe tomar contacto directo con el niño y concederle la correspondiente participación en el proceso» RDF N° 14, pág. 336). En forma similar se pronunció el IX Congreso Internacional de Derecho de Familia (Panamá, 1996, en RDF N° 9, pág. 214).

<sup>25</sup>La ley nacional N° 26.061 refiere el rol central de la familia y el carácter subsidiario del Estado (BALLARIN, SILVANA Y ROTONDA, ADRIANA. «Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y adolescentes: Estudio Comparativo de la ley Nacional 26061 y leyes provinciales», en «Derecho de Familia» Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Lexis Nexis Abeledo - Perrot Noviembre/Diciembre 2006. N°35 pág.11.