



Mediación familiar en casos de alimentos a favor de niños, niñas y adolescentes u otros sujetos vulnerables. Una cuestión de equilibrio (entre el derecho de la persona al alimento y el del mediador a percibir sus honorarios)

Dr. Oscar Alberto Davini

Juez de Primera Instancia de Distrito de Familia de Villa Constitución

I. Introducción

En la Provincia de Santa Fe se ha producido, a partir de un exceso en el ejercicio de las facultades reglamentarias de una norma, un conflicto entre derechos e intereses.

Esa disputa tiene como protagonistas a dos colectivos: las niñas, niños y adolescentes (en adelante NNA), eventualmente otros colectivos vulnerables, y los mediadores privados; por el derecho de los primeros a la percepción completa y oportuna del estipendio alimentario y el de los profesionales a la percepción de sus honorarios.

En el presente, intentaré plantear diversas reflexiones a partir de la normativa aplicable y el modo de lograr un equilibrio a través de la interpretación con perspectiva constitucional-convencional (conforme arts. 1 y 2, CCYCN).

I.1. La normativa en cuestión

El art. 32 de la ley provincial santafesina de mediación (N° 13.151) estable-

ce: Se proveerá de asistencia jurídica gratuita y del servicio de mediación, a quien justifique no poder afrontar los gastos que demande el procedimiento previsto en la presente ley. El procedimiento para la justificación de la falta de recursos a que hace referencia el presente artículo será previsto reglamentariamente. Los mediadores tendrán como carga pública la tramitación de mediaciones gratuitas de acuerdo con lo que prevea la reglamentación, debiendo respetarse la proporcionalidad con las mediaciones rentadas, la distribución de dicha carga será proporcional entre todos los mediadores.

Su reglamentación, por Decreto N° 4688/14, Anexo II, Modificación al decreto N° 1747/11, reglamentación del art. 30, Ley 13.151, establece: IV- Los honorarios del mediador deben consignarse en el acta final, haya o no acuerdo. V- Una vez finalizada la mediación, las partes deben satisfacer la retribución del mediador. Si así no lo hicieren, deberá dejarse constancia en el acta final el lugar y fecha de pago,

la que no podrá exceder de quince (15) días. **En este caso el mediador está autorizado a conservar y retener en su poder todos los ejemplares de las actas correspondientes a las partes hasta tanto le sean abonados sus honorarios**, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 31 (destacado en negrita del autor).

I.2. Una respuesta judicial posible

Ante este panorama, entiendo que, en relación con los juicios de alimentos iniciados a favor de niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA), corresponde ordenar, en el decreto que dispone la derivación a mediación que, atento el carácter de vulnerable que es inherente a la condición del niño y a que su necesidad de alimentos no necesita ser acreditada, se lo debe considerar carente de recursos en los términos del art. 32 de la Ley N° 13.151; en consecuencia, a fin de no entorpecer el derecho al acceso a la justicia de personas vulnerables por razón de su edad, la mediación será gratuita para el niño acreedor alimentario y su re-

Claves Judiciales

Mediación familiar en casos de alimentos a favor de niños, niñas y adolescentes u otros sujetos vulnerables. Una cuestión de equilibrio (entre el derecho de la persona al alimento y el del mediador a percibir sus honorarios)

presentante legal en los términos del art. 32 de la ley 13.151 y su reglamentación (por lo tanto, estarán eximidos del pago de boletas de iniciación de mediación, gastos de notificaciones y honorarios del mediador interviniente). En este caso, el mediador no podrá ejercer el derecho de retención que prevé el art. 30, inc. V del Dec. 1747/11 (modificado por Dec. 4688/14, Anexo II) con respecto a la copia del acta que corresponda al acreedor alimentario. Los honorarios del mediador y los gastos que demande el procedimiento de mediación integrarán las costas del proceso (art. 30, Ley 13.151).

Hago hincapié en el único tipo de juicio al que refiero: exclusivamente en caso de alimentos en favor de NNA; criterio que podría hacerse extensivo a otros sujetos vulnerables que reclamen alimentos (por ejemplo, una persona con discapacidad o un adulto mayor). En los demás procesos cuya materia está sujeta a mediación las partes deben sujetarse a lo dispuesto en la ley especial.

II. Algunas objeciones eventuales

Lo expresado en el párrafo anterior puede encontrarse con algunas objeciones que, sintéticamente expresadas, se relacionan con las demoras judiciales; la existencia de ciertos gastos necesarios para iniciar una demanda de alimentos (boletas y sellados) que el actor sí debe abonar; el mediador no es un empleado del ministerio, no cobra un sueldo ni se lo puede obligar a trabajar gratis o afrontar los gastos de mediación; los honorarios del Mediador, como de cualquier otro profesional, son de carácter alimentario.

II.1. Propuestas para iniciar el debate

Se esbozan, apenas, algunas. Tanto como para evidenciar el dilema; muy lejos quedamos del agotamiento del asunto.

Se critica la **demora judicial**: En este sentido creo que cabe reflexionar sobre las causas. Y resulta que las demoras no son achacables exclusivamente al órgano judicial. Aplicando una metáfora futbolera, los abogados también

juegan y manejan sus tiempos conforme las estrategias que han marcado para el litigio.

Hay problemas, sí. Los que integramos el Poder Judicial no los negamos; es más, tanto la Corte de la Provincia como el Colegio de Magistrados se han comprometido de manera pública, notoria e indiscutible con la tarea de agilización de los procesos judiciales.

Pero tampoco se puede generalizar. Hay que tener cuidado con eso porque toda generalización implica una deliberada renuncia, por parte de quien la emite, a cualquier pretensión de certeza.

No siempre se tardan semanas en proveer escrito o en salir un oficio. Puede haber demoras, lo admito, fundadas en la complejidad del asunto pero nunca se retrasa, sin razón atendible, la firma de un oficio o el despacho de cualquier medida que agilice la percepción oportuna de alimentos.

Más allá de la reflexión sobre qué se querrá decir cuando se habla de tiem-

po de justicia (que excede notoriamente el objeto del presente, pero creo que es un modo banalizado –básicamente, por los medios de comunicación masiva– para referir a la demora de los procesos judiciales; por ello, en todo caso, sería más propio hablar de los tiempos que el Poder Judicial utiliza para resolver los casos puestos a su consideración–), cabe recordar el rol del abogado: es un profesional auxiliar de la justicia (Ley Orgánica del Poder Judicial, Libro Quinto, Título I, Capítulo II). Por lo tanto es parte del sistema, de sus bondades y miserias.

Todo puede explicarse. También que la demora en los procesos se debe a una multiplicidad de causas; entre las principales, que desde hace un tiempo se judicializan más cuestiones. Es decir, se da la situación paradójica que los tribunales se vean desbordados por la cantidad de procesos que inician, en gran medida, los abogados, que luego reclaman celeridad. La cantidad de expedientes se multiplica cada año y la creación de juzgados no avanza en mediana proporción.

No se trata de formular una defensa corporativa y decir que el Poder Judicial no cometa errores o funcione perfectamente. Solo postulo que, si abordamos un problema, hagámoslo desde todas las aristas y asumiendo la porción de responsabilidad –compartida– que nos compete a cada uno en el funcionamiento del sistema judicial.

Por otro lado, no debe reponerse tasa de justicia para iniciar el juicio de alimentos (art. 284, Código Fiscal). La cuestión de los aportes de los abogados es harina de otro costal (se trata de cargas parafiscales que tienen el fin contribuir a un sistema solidario para la prestación de ciertos servicios al colectivo profesional y su exigencia se funda en leyes específicas).

El mediador es un profesional liberal y nadie dice que deba trabajar gratis. En cambio, sí debe asumir ciertos riesgos derivados de esa condición (entre ellos, la de solventar algunos gastos cuyo costo, a veces, no recupera: gastos de notificación, gastos de sala, realizar mediaciones gratuitas). En modo

alguno es equiparable a un juez que, justamente, deja de lado el ejercicio independiente para integrar uno de los poderes del estado republicano.

Los honorarios de todos los profesionales liberales tienen carácter alimentario en tanto es el emolumento que permite su subsistencia. El trabajo no se presume gratuito.

Si bien la doctrina¹ suele distinguir a los «créditos alimentarios» (propios de las relaciones de familia) de los «créditos de naturaleza alimentaria», concepto éste más amplio (continente de los créditos previsionales y laborales, indemnizaciones por daños personales, expensas comunes, etc.) y en cuyo espectro se encuentran abarcados los honorarios profesionales, no puede sostenerse que cada cliente es obligado alimentario del profesional porque ese deber surge de las relaciones de familia.

III. Las razones de una postura

No intento, en este opúsculo, poner en

Claves Judiciales

Mediación familiar en casos de alimentos a favor de niños, niñas y adolescentes u otros sujetos vulnerables. Una cuestión de equilibrio (entre el derecho de la persona al alimento y el del mediador a percibir sus honorarios)

crisis a la mediación (de hecho, estoy formado como tal y he ejercido durante varios años, tanto en forma privada o como funcionario judicial), en tanto procedimiento que contribuye a la autocomposición del conflicto.

En cambio, sí me interesa destacar lo siguiente: el derecho del NNA al proceso para obtener judicialmente el pago de alimentos de los que es acreedor – proceso al que llega por incumplimiento por parte del deudor alimentario– no puede verse obstaculizado ni demorado en exceso por falta de pago de los honorarios del mediador, porque aquel tiene un derecho preferente.

Solo postulo que en un único y específico supuesto: demanda de alimentos en el que el o los acreedores alimentarios son NNA –o los otros sujetos vulnerables que referí antes– el mediador postergue el cobro de sus honorarios hasta que finalice el juicio. Nada más.

Tal vez se caiga en la tentación de considerar que es un tema trivial. De hecho, a primera vista no tiene el atracti-

vo ni la densidad teórica de otros más convocantes (como, por ejemplo, todo lo relacionado con las técnicas de reproducción asistida o la restitución internacional de menores).

Pero esa aparente pequeñez se ve compensada con la condición del sujeto titular del crédito alimentario (niño-sujeto vulnerable), los fines de la obligación (el desarrollo integral del NNA), los derechos humanos del niño en consideración (a la vida, a la integridad personal, a la dignidad, a ser cuidado, educado y amparado por una familia).

A ese catálogo hay que sumar la enorme cantidad de expedientes en trámite por cuestiones alimentarias.

Entonces, el tema tiene vigencia fáctica cotidiana e intensa y, generalmente, es urgente.

Intentaré de fundamentar las razones de disponer la gratuidad del trámite de mediación cuando el acreedor alimentario es NNA.

III.a. El niño como sujeto vulnerable

Ese carácter es inherente a la condición del niño. Tal vez sea el mamífero más desprotegido de todos. No puede sostenerse ni alimentarse solo hasta que han transcurrido varios años desde su nacimiento. En todo ese tiempo, depende exclusivamente de los adultos.

El niño es vulnerable porque es pequeño y, por sí solo, está indefenso ante las agresiones del medio.

Tal condición es claramente reconocida por la CIDH (que desde su Preámbulo manda nos dice que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales), la opinión consultiva 17/2002 de la CIDH (considera que la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adop-

tar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño –punto 8–), las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad elaboradas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana consideran «... en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su **edad**, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la **edad**, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad.» (destacado del suscripto). (Sección 2ª.- Beneficiarios de las Reglas).

De allí la necesidad de protegerlo, de la que deriva el principio protectorio.

El Dr. Lorenzetti, en la introducción al

ccyc plantea que el paradigma protectorio tutela a los débiles y su fundamento constitucional es la igualdad; por ello, «el Código Civil y Comercial busca la igualdad real y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables»².

III.b. La necesidad de alimentos del NNA no necesita ser acreditada

Como consecuencia de su vulnerabilidad, el niño no necesita acreditar su necesidad de alimentos porque esta se presume. La doctrina es pacífica en este punto, y lo era aún antes del nuevo ccyc y ahora³.

Esa característica diferencia este reclamo alimentario de otros en cuanto a lo que es necesario acreditar. En caso de alimentos entre parientes o cónyuges, incluso en caso de hijos mayores de edad, se debe acreditar la necesidad, la carencia de recursos propios y la imposibilidad de obtenerlos.

De esas razones se deriva, como consecuencia casi física, que al NNA se lo

debe considerar carente de recursos en los términos del art. 32 de la Ley N° 13.151.

El NNA que reclama alimentos carece de recursos. Hay un adulto que, en ejercicio de algún tipo de representación, ejerce por él el derecho de postulación. Pero **el titular del crédito alimentario es el NNA**.

Tal vez se vea con mayor claridad este punto en estos casos: I. Conforme los arts. 103, inc. b), subinc. i. y ii. y 661, inc. c. del ccyc, el Ministerio Público, en su forma de actuación principal en el ámbito judicial, ante la inacción de los representantes del NNA, tiene legitimación activa para instar el juicio de alimentos; II. Por el art. 661, inc. b. del ccyc, el propio hijo –con madurez suficiente y asistencia letrada– puede demandar al progenitor que falte a la prestación de alimentos.

En los ejemplos referidos se aprecia con mayor nitidez el meollo del planteo.

En caso contrario, ¿cuál sería la solu-

Claves Judiciales

Mediación familiar en casos de alimentos a favor de niños, niñas y adolescentes u otros sujetos vulnerables. Una cuestión de equilibrio (entre el derecho de la persona al alimento y el del mediador a percibir sus honorarios)

ción? ¿Exigir al Ministerio Público o al adolescente que paguen los honorarios y gastos de la mediación? ¿No derivar el caso a mediación?

De acuerdo con el art. 145 inc. 1) de la LOPJ, el patrocinio del Defensor General tiene el mismo efecto que la declaración de pobreza; en ese caso –NNA patrocinado por el Defensor–, no hay dudas sobre el encuadre de la situación, sin necesidad de mayores indagaciones dentro del procedimiento de mediación.

III.c. El derecho del NNA a la tutela judicial efectiva

El art. 706 ccyc establece a la tutela judicial efectiva como uno de los principios generales de los procesos de familia y en su inc. a), específicamente, manda que *«las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables»*.

Este derecho tiene su fuente en Tratados de Derechos Humanos: Declara-

ción Universal de DH, art 10; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. XVIII; CADH, arts. 8 y 25 y en Preámbulo de la c.n., cuando manda «afianzar la justicia».

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos implica que los Estados no deben interponer obstáculos a las personas que acudan a los jueces o tribunales con el fin de que sus derechos sean determinados o protegidos (*Tío Tojín vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas, 26/11/2008, apartado 95) y constituye una «una norma imperativa del derecho internacional» (*Anzualdo Castro vs. Perú*, 22/09/2009, apartado 125).

Su contenido es amplio y despliega sus efectos en tres momentos: el acceso a la justicia, el desarrollo del proceso y la ejecución de la sentencia⁴.

Comprende los siguientes derechos: a que el Estado remueva todo obstáculo irrazonable que impida el acceso de los ciudadanos a los tribunales; a ser oído; a participar en un debido proce-

so; De ser necesario, a una tutela diferenciada; a rendir prueba; a que se dicte sentencia en plazo razonable por juez imparcial e independiente; a que la sentencia se cumpla (derecho fundamental a la eficacia de la sentencia).

La tutela debe ser *efectiva*, lo que implica que debe producir resultados útiles, concretos y perceptibles, que afecten la vida de los ciudadanos y satisfaga sus expectativas legítimas de amparo.

Este derecho, como todos los reconocidos en los tratados de DDHH de los que el país ha ratificado debe ser respetado por el Estado en todos sus niveles y modalidades por se ha asumido una obligación internacional a que los organismos administrativos y jurisdiccionales los apliquen en los supuestos que los tratados contemplan⁵.

Uno de los derechos integrantes de este otro, más amplio, a la tutela efectiva, es la de obtención de una sentencia en un plazo razonable, es decir, que el proceso no se vea entorpecido por actos que conlleven una dilación excesiva

conforme su naturaleza y características propias (que se relacionan con la complejidad de la cuestión debatida y la importancia de los intereses en juego).

Respecto de esto se ha expedido la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Entre los nuevos derechos y garantías incorporados al *corpus juris* para la protección del individuo, surge la garantía del plazo razonable calificada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como inherente al acceso a la justicia. Con respecto a los niños y al tiempo la CIDH expresa lo siguiente: «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 y 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»⁶; también en el caso *Fornerón v. la Argentina*, se decidió que

la dilación en los procedimientos puede llevar a situaciones de hecho irreversibles o irremediables en perjuicio del interés de los niños y sus padres biológicos (§ 52).

Desde la perspectiva nacional, la Corte Suprema de Justicia reforzó en varios pronunciamientos los estándares sentados tiempo atrás en el caso «Ataka»⁷, perfeccionando el concepto de privación de justicia⁸ o juzgando inconstitucional la prolongación indefinida del proceso⁹ e incluyendo al «principio de razonabilidad de la duración de los procesos judiciales» dentro de la «tutela judicial efectiva»¹⁰. Por su parte, la CSJN también se ocupó del factor tiempo en relación con la privación de la justicia y bajo el convencimiento de que la culminación de un proceso en un tiempo razonable permite la efectividad de la tutela judicial efectiva¹¹. En materia administrativa, fue reconocido en el fallo «Astorga Brach»¹² y, en la modalidad de «tutela administrativa efectiva» en «Losicer»¹³.

Sea por aplicación directa del art. 706

CCYC citado o por la vía de la interpretación normativa con anclaje en el bloque de constitucionalidad que surge de los arts. 1 y 2 del mismo código, arribamos a la misma solución: es insoslayable garantizar la tutela judicial efectiva a los NNA.

IV. La solución propuesta: la mediación será gratuita para el niño acreedor alimentario y su representante legal en los términos del art. 32 de la ley 13.151 y su reglamentación

Por lo tanto, estarán eximidos del pago de boletas de iniciación de mediación, gastos de notificaciones y honorarios del mediador interviniente). En este caso, el mediador no podrá ejercer el derecho de retención que prevé el art. 30, inc. V del Dec. 1747/11 (modificado por Dec. 4688/14, Anexo II) con respecto a la copia del acta que corresponda al acreedor alimentario.

En ningún caso se propone que el mediador «trabaje gratis». Por el contra-

Claves Judiciales

Mediación familiar en casos de alimentos a favor de niños, niñas y adolescentes u otros sujetos vulnerables. Una cuestión de equilibrio (entre el derecho de la persona al alimento y el del mediador a percibir sus honorarios)

rio, se reconoce expresamente su derecho al estipendio y por eso se establece que los honorarios del mediador y los gastos que demande el procedimiento de mediación integrarán las costas del proceso.

Si la mediación culminó en acuerdo, podrá incluir allí el ítem costas, que comprenderán los honorarios del mediador. Cuando se homologue el convenio, tendrá expedita las vías del apremio o el proceso monitorio del art. 260 CPCC (conforme arts. 30 y 31, Ley de Mediación, como luego desarrollaré).

De no ser haber acuerdo, continuará el trámite del juicio. Cuando sea oportuno, el mediador podrá comparecer por derecho propio y reclamar el pago.

El decreto reglamentario de la ley provincial de mediación establece un sistema de cobro de honorarios del mediador que resulta privilegiado respecto, por ejemplo, del establecido el propio Código Procesal para los abogados y sus peritos.

En efecto, esos profesionales pueden solicitar la regulación de honorarios, reclamar el pago y, en caso de incumplimiento del deudor, deben iniciar la vía de apremio (art. 507, CPCC) o del proceso monitorio del art. 260 CPCC.

Adviértase que, en ningún caso, ni el abogado puede ejercer derecho de retención del expediente, de un escrito o el perito abstenerse de entregar la pericia. Están obligados a cumplir su labor de auxiliares de justicia y cobrar luego, cuando sea oportuno.

La Ley de Mediación y su reglamentación, si bien constituyen un micro-sistema normativo, no debemos considerarlos como si fueran un compartimiento estanco, autosuficiente y aislado del resto del ordenamiento porque integran el sistema jurídico, al que debemos pensar en clave de derechos humanos. Es decir, evitar incurrir en el error que señala **Vigo** cuando dice «crecientemente se advierte que un estudio del derecho reducido a la ley es parcial y se priva de conocer el derecho que viene después de la ley».¹⁴

V. La solución propuesta resguarda el interés superior del niño

Se debe tener en cuenta el interés superior del niño que manda considerar el art. 3 de la Ley 26.061 y el art. 4 de la ley 12.967.

Para **Grosman**, este concepto se encuadra dentro de las llamadas «definiciones-marco», ya que no resulta sencillo establecer su alcance, pues es una idea en permanente evolución y transformación¹⁵.

Por ello es que la doctrina es unánime en sostener que el interés superior del niño dependerá de circunstancias específicas, por lo que resulta una misión importantísima del juzgador la de descubrir qué curso de acción llevará a la mejor defensa de ese interés en el caso particular. **Cillero Bruñol** lo considera, en síntesis, *un principio jurídico garantista*, en tanto los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus

derechos y no las que los conculquen –por eso es un principio– y además, es un vínculo normativo idóneo para asegurar efectividad a los derechos subjetivos –por eso es garantista¹⁶.

En similar sentido, el **Comité de los Derechos del Niño**, en la Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1 de la CIDN), sostiene que el interés superior del niño es un concepto triple. Por lo tanto, es: **a) un derecho sustantivo**: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño; **b) un principio jurídico interpretativo fundamental**: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño; **c) una norma**

de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. Lo que resulta obligatorio, a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño es, justamente, la búsqueda que lleve al descubrimiento de que es lo que mejor resguarda el interés del niño en el caso concreto.

La aplicación de este principio no es optativa para el juez sino que es una directiva superior que está obligado a considerar, sin perjuicio de que se contemplen los intereses y afectos de los padres en cuanto no se opongan a los de los hijos. Lo delicado de la cuestión, hace que la tenencia no puede ser re-

suelta en función de parámetros genéricos ya que no es concebible un interés del menor puramente abstracto y se excluye toda consideración dogmática, sino que debe serlo de conformidad a las particularidades de hecho que presente cada caso¹⁷.

En definitiva, son las particulares circunstancias de hecho las que permiten indagar y definir cuál es el mejor interés superior del niño, parámetro rector en materia de interpretación de todo conflicto que atañe a niños y adolescentes¹⁸.

El art. 3, último párrafo, de la Ley 26.061 establece que, ante el conflicto entre los derechos e intereses de los NNA frente a otros igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

El art. 12 I-4. del Anexo I, Dec. 1747 (modif. por decreto 4688/14) establece como una pauta obligatoria a la que debe ajustarse el procedimiento de mediación a la consideración especial de los intereses de niños, niñas y adolescentes, y los acuerdos en los

Claves Judiciales

Mediación familiar en casos de alimentos a favor de niños, niñas y adolescentes u otros sujetos vulnerables. Una cuestión de equilibrio (entre el derecho de la persona al alimento y el del mediador a percibir sus honorarios)

que estén involucrados intereses de menores e incapaces son los únicos susceptibles de ser homologados judicialmente (art. 20, in fine, Ley 13.151).

Ahora bien, esta concepción es aplicada frecuentemente en materia de familia. Pero ello no es óbice para considerarla en otros ámbitos.

Por ejemplo, en el conflicto entre el interés del niño a acceder a la justicia y a la tutela judicial efectiva en materia alimentaria –de naturaleza extrapatrimonial– y el derecho –de naturaleza patrimonial– del mediador a percibir sus honorarios, es menester privilegiar el primero porque es de mayor entidad y protección más directa.

Puede decirse que ambos tienen protección constitucional y convencional. Está claro que el mediador concreta su derecho a ejercer industria lícita, trabajar, etc. y el honorario devengado integra su derecho de propiedad.

Pero el derecho humano del niño al desarrollo pleno de su personalidad, es

de rango superior y de más urgente protección.

Puede postergarse el derecho del mediador a sus honorarios; en cambio, el niño necesita del estipendio alimentario sin dilaciones procedimentales.

VI. Los honorarios del mediador integrarán las costas del proceso

En virtud de lo expuesto, el derecho del mediador a percibir anticipadamente sus honorarios, establecido en una norma provincial, debe ceder ante este cúmulo de derechos humanos del NNA.

Por lo demás, la propia ley 13.151 en su art. 30 dice expresamente que el pago de los honorarios del mediador deberá efectuarse al concluir la mediación, haya o no acuerdo. Dicha suma será abonada por la o las partes según lo convengan, y en caso contrario por el requirente. En todos los casos, formará parte de las costas del juicio que sobre el mismo objeto eventualmente se promueva; y por el 31, los

honorarios devengados a favor del mediador, comediador y abogados de las partes, podrán ser reclamados por vía de apremio, o del artículo 260 de la Ley 5.531, Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia.

VII. El mediador carece del derecho a «conservar y retener en su poder todos los ejemplares de las actas correspondientes a las partes hasta tanto le sean abonados sus honorarios»

VII.a. El derecho de retención, según **Tanzi y Fossaceca**, es el derecho que tiene un acreedor para conservar en su poder una cosa que pertenece y debía entregar a su deudor, hasta que este le pague la deuda.¹⁹

Para estos autores, su naturaleza jurídica más verosímil indica que resulta una excepción dilatoria. No está enumerado dentro del listado de los derechos reales del art. 1887 del Código Civil y Comercial de la Nación.

De acuerdo al art. 2587 del Código Civil y Comercial de la Nación, para que se pueda ejercer este derecho, es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Tenencia de la cosa en poder del retenedor: tal es la relación de poder que se refiere el artículo bajo el vocablo detentación; b) Adquisición por medios lícitos; c) Existencia de un crédito exigible a favor del titular: no es necesario que sea líquido. La norma indica la existencia de una obligación cierta y exigible» a diferencia del Proyecto de Código Civil de 1998 que lo circunscribía a obligaciones dinerarias (art. 2526); d) Vínculo entre el crédito y la cosa: es decir, el pago de lo que éste le adeude en razón de la cosa; e) El legítimo para retener es el sujeto activo que tiene a su favor una obligación cierta y exigible que tenga algún vínculo con la cosa retenida; f) Respecto del objeto sobre el que puede recaer: debe estar en el comercio, es decir susceptible de actos jurídicos, y que subsista su condición de embargable.

Ya **Vélez Sarsfield** en la nota al art.

3939 del código derogado decía «Es preciso, como dispone el artículo, que haya una deuda por razón de la misma cosa. En cualquiera otra circunstancia, los principios se oponen al ejercicio del derecho de retención, porque el acreedor no puede sin convención, o sin el auxilio de un ley, arrogarse sobre la cosa ajena un derecho real.».

Por otro lado, en la misma nota, indica tres condiciones necesarias para el derecho de retención, que no se dan en el caso: 1°) posesión de la cosa de otro por un tercero; 2°) obligación de parte del propietario respecto del poseedor y 3°) conexión entre la cosa retenida y el crédito del que retiene.

Ninguna de esas condiciones reúne un acta de mediación. En efecto, es un instrumento público; además, no es una cosa que está en el comercio, no es susceptible de ser restituida ni es embargable. Por lo tanto, no reúne los requisitos establecidos en la ley de fondo (art. 2588, CCYC), única que puede regular el instituto, para ser retenida por el mediador.

VII.b. El derecho de retención del acta no surge de la ley sino del decreto reglamentario, cuando, al tratar el tema (Decreto N° 4688/14, Anexo II, Modificación al decreto N° 1747/11, reglamentación del art. 30, Ley 13.151), establece que en caso que no se le paguen sus honorarios una vez finalizada la mediación, el mediador está autorizado a conservar y retener en su poder todos los ejemplares de las actas correspondientes a las partes hasta tanto le sean abonados.

En cualquier caso la retribución abonada por cualquiera de las partes al mediador formará parte de las costas del juicio que eventualmente se iniciare.

Este decreto reglamentario altera el contenido de la norma en, al menos, dos cuestiones esenciales: I) modifica indebidamente la norma que reglamenta en tanto dispone que la retribución abonada al mediador por cualquiera de las partes formará parte de las costas del juicio, cuando semejante previsión no surge de ningún artículo de la ley respectiva; II) incorpora el de-

Claves Judiciales

Mediación familiar en casos de alimentos a favor de niños, niñas y adolescentes u otros sujetos vulnerables. Una cuestión de equilibrio (entre el derecho de la persona al alimento y el del mediador a percibir sus honorarios)

recho de retención del acta hasta que no se le paguen los honorarios, lo que tampoco está en la ley –ni puede estar–, pero, establecerlo en un decreto reglamentario es improcedente.

Gordillo sostiene que «... cabe recordar que el Poder Ejecutivo al reglamentar la ley debe cuidar de «no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias»; es de observar que se habla (en la Constitución) del «espíritu» y no la «letra» de la ley, por lo que se ha considerado que aunque la norma reglamentaria no aparezca en contradicción con el texto de la ley, será igualmente ilegítima si transgrede su espíritu, esto es, la finalidad que surge del contexto de la ley.»²⁰. **Barra** remarca que, en estos casos, «... si bajo la excusa de la reglamentación, el Presidente dictara normas sobre materias propias de la legislación civil –siempre, sin que se presente la necesidad de su actuación para el desarrollo o cumplimiento de la norma– estaría invadiendo el ámbito de competencia del Congreso establecido en el art. 75, inc. 12, de la Constitución.»²¹.

En el ámbito provincial, **Domingo y Moscariello** sostienen que los reglamentos de ejecución son aquellos que, en ejercicio de atribuciones constitucionales propias, emite el Poder Ejecutivo para hacer posible, o más conveniente, la aplicación o ejecución de las leyes y, pese a que la Constitución de la Provincia –de Santa Fe– no lo establece expresamente, está implícita en tal atribución la limitación de que el reglamento ejecutivo no puede alterar el espíritu de la ley que pretende reglamentar tal como lo dispone el art. 99 inc. 2 CN, el cual consideramos aplicable al ámbito provincial en este tema en virtud de lo dispuesto por el art. 31 CN (principio de supremacía), el principio de razonabilidad (art. 28 CN), lo establecido en el art. 1 CPSF (sistema republicano) y art. 6 CPSF (identidad de garantías) y los antecedentes en materia de derecho público provincial.²² Por eso, cabe decir que un decreto reglamentario de una ley provincial, no puede exceder su marco y abordar cuestiones propias y privativas de otras normas de mayor jerarquía.

Entonces el derecho de retención establecido por el decreto reglamentario es inadmisibles por las varias razones expuestas, algunas relacionadas con un exceso en el ejercicio de facultades reglamentarias y lo impropio de la norma que lo establece; otras vinculadas a la falta de requisitos establecidos en la ley de fondo para la procedencia del ejercicio de este derecho (el acta no es una «cosa» sino un instrumento público; no es susceptible de apropiación o posesión porque no está en el comercio; la deuda no es por razón de la misma acta sino que tiene otra causa, que es el trabajo del mediador, etc.).

VIII. Por otro lado, la mediación como medio alternativo (al judicial) de resolución de disputas, está al servicio del más rápido finiquito del tema. Dicho de otro modo, el sistema tiene que favorecer el encuentro en breve lapso del NNA con su estipendio alimentario, no entorpecerlo.

Como dice un autor, «este método no debe considerarse como una «carga»,

o nuevo «recaudo procesal» u «obligación» impuesta por el legislador, sino como una nueva posibilidad para las partes de encontrar una respuesta a su o sus diferencias»²³.

La mediación no puede constituirse en valla muy difícil de saltar, en una suerte de horizonte al estilo Serrat –«cuanto más voy para allá, más lejos queda...»–.

Como señala **Mizrahi** «... de lo que se trata es de ofrecer a la familia en conflicto una alternativa posible; por lo que correspondía adoptar especiales recaudos para que no se entorpezca sin justificación el acceso a la jurisdicción, demorando innecesariamente la tramitación del juicio.» [...] por lo que «... el tribunal debe tomar especiales recaudos para que la derivación del caso a mediación no signifique para el demandante una denegación de justicia, o que esa decisión no termine causando al grupo familiar severos perjuicios.»²⁴

Por otro lado, el objeto de la mediación está diseñado más para contribuir a la resolución de disputas que para brin-

dar una nueva veta profesional que vale la pena explorar. Está bien que así sea porque las profesiones necesitan expandir sus límites a fin de generar espacios de desarrollo para un número cada vez mayor de graduados –que aumenta cada año de manera incesante–. Pero no se pueden tergiversar los sentidos ni modificar el orden de las necesidades.

La mediación debe estar al servicio del usuario del sistema; a ellos debe ser una útil herramienta. No a los mediadores.

Porque, cuidado, si endurecemos tanto la mediación –más allá de que ello es contradictorio con su naturaleza–, lo que haremos es generar tal hastío en el resto de los abogados (los que no son mediadores) que comenzarán a elaborar estrategias para evitar pasar por ese calvario. Y así, desde una perspectiva netamente económica, habremos matado a la gallina de los huevos de oro.

Hay que tener cuidado, paciencia, mi-

radas amplias y no perder de vista al horizonte.

Conclusión

En los juicios de alimentos en favor de NNA, la mediación debe ser gratuita para el acreedor alimentario.

En tales casos, el derecho del mediador a sus honorarios no puede entorpecer el trámite del proceso judicial en el que se produjo la derivación.

No se postula que el mediador no cobre por su servicio sino que sus honorarios integren las costas del juicio y podrá percibirlos hasta por las vías procesales aptas a tal fin (apremio o proceso monitorio).

El mediador está obligado a entregar la copia del acta que corresponda al NNA para así poder continuar con el pleito por lo que no podrá, en ese caso, retener el acta con la excusa de la falta de pago de sus honorarios. La incorporación de ese derecho es impropia

Claves Judiciales

Mediación familiar en casos de alimentos a favor de niños, niñas y adolescentes u otros sujetos vulnerables. Una cuestión de equilibrio (entre el derecho de la persona al alimento y el del mediador a percibir sus honorarios)

e inadmisibles, por razones de ejercicio abusivo de la potestad reglamentaria y de falta de cumplimiento de las condiciones establecidas en la ley de fondo. En caso contrario, estaría conculcando el derecho del niño a la tutela judicial efectiva en materia alimentaria de modo tal que también implicaría el avasallamiento de directivas emanadas de tratados internacionales de derechos humanos, lo que podría comprometer la responsabilidad internacional del país.

Por todo ello, considero que los mediadores deberán meditar el asunto y operar de modo respetuoso de derechos humanos del niño, reconocidos en los tratados internacionales de los que el país es parte. ■

CITAS

¹ Vgr. EGUREN, MARÍA C. Y GARCÍA SOLÁ, MARCELA, «La naturaleza alimentaria de los honorarios profesionales y su evolución jurisprudencial», *Zeus*, Boletín N° 7509 del 6-9-2004.

² Párrafo IX.

³ Solo cito algunos ejemplos doctrinarios: Bossert, Gustavo A., «Régimen jurídico de los Alimentos», *Astrea*, 1993, pág. 199; FERRER, Francisco M., «Derecho de Familia» –Méndez Costa, Ferrer, D'antonio directores– Rubinzal Culzoni Editores, 2009, Tomo III-A, págs. 545/546; Tordi, Anahí; Díaz, Rodolfo Gabriel y Cinollo Oscar Agustín, «Alimentos» –Kemelmajer De Carlucci Y Molina De Juan directoras–, Rubinzal Culzoni Editores, 2014, Tomo I, pág. 102.

⁴ Ver ROSALES CUELLO, RAMIRO Y MARINO, TOMÁS, «Regulación legal de la tutela judicial efectiva y el debido proceso», *LA LEY*, diario del 16/09/2014, Tomo LA LEY 2014-E.

⁵ CSJN, Fallos 314:1324.

⁶ Corte IDH «Medidas provisionales respecto de Paraguay. Asunto L.M» resolución de 1/07/2011.

⁷ CSJN, «Ataka y Cía. Ltda. c/ González Ricardo y otros s/ Ejecución», 20/11/1973, en LL. 154-85; CSJN, «Mattei», 29/11/1968, Fallos: 272:188; «Mozzatti», Fallos: 288:403 (1974).

⁸ Fallos: 312:2434; 311:1604; 305:913; 331:287; 330:518; 328:4615; 322:662; 315:1940; 306:431; 300:983; 300:1115; 291:540.

⁹ CSJN, Fallos: 333:1639; 332:1512; 330:1261; 328:2833; 326: 2868; 324:1944; CSJN, 06/05/2008.

¹⁰ Ver FERNÁNDEZ, SILVIA, en «El desafío al tiempo en la adopción. Nuevas perspectivas del Código Civil y Comercial», 2 de Diciembre de 2014, www.infojus.gov.ar.

¹¹ CSJN, Fallos: 333:1639; 332:1512; 330:1261; 328:2833; 326:2868; 324:1944.

¹² LL, 06/04/2005, 5 - LA LEY2005-B, 674 - DJ2005-1, 736.

¹³ Publicado en: *Sup. Adm.* 2012 (agosto), 35

• DJ 22/08/2012, 17 • ED 23/08/2012, 8 • LA LEY 29/08/2012)

¹⁴ VIGO, RODOLFO, «Los principios jurídicos», Depalma, 2000, Prólogo.

¹⁵ GROSMAN, CECILIA (dir.): «Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad».

¹⁶ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. «El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño» en Justicia y Derechos del Niño, N° 1, Santiago de Chile, noviembre 1999, disponible en www.unicef.cl.

¹⁷ Voto Dr. PETTIGIANI en SC Buenos Aires, 04/02/2009. - B., S. M. C. P., V. A. s/ restitución de menores, en ED, 232-460.

¹⁸ cfr. HERRERA, MARISA; GROSMAN, CECILIA, "¿El tiempo sentencia? A propósito de un fallo sobre adopción y restitución del alto tribunal", JA 2005-IV-32, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.

¹⁹ TANZI, SILVIA Y. Y FOSSACECA (H.), CARLOS A., «Derecho de retención: ¿Cómo ha sido concebido en el Código Civil y Comercial de

la Nación?», ADLA2015-15, 115. Cita Online: AR/DOC/1762/2015.

²⁰ GORDILLO, AGUSTÍN. «Tratado de Derecho Administrativo», Tomo 1 - Parte General, págs. VII - 40/41.

²¹ BARRA, RODOLFO, «Tratado de Derecho Administrativo», Tomo 1, Principios. Fuentes, pág. 478.

²² DOMINGO, HUGO LUIS; MOSCARELLO, AGUSTÍN ROBERTO, «Potestad reglamentaria provincial, municipal y comunal en Santa Fe». LLLitoral 2009 (noviembre), 1061.

²³ OTERO, MARIANO. «El procedimiento de mediación y los juicios de alimentos. Una historia de desencuentros», Revista de Derecho Procesal 2010-2, Sistemas alternativos de resolución de conflictos, Rubinzal-Culzoni editores, pág. 225.

²⁴ MIZRAHI, MAURICIO L., «Responsabilidad parental», 1° ed. Astrea, 2015, págs. 136 y 139.