

Código Civil y Comercial. Los principios procesales en las Relaciones de Familia

Cuando los individuos y las comunidades
ven garantizado el ejercicio efectivo de sus derechos,
no solo son libres para realizar sus propias capacidades,
sino que también contribuyen al bien estar y enriquecimiento de la sociedad
Francisco (Filadelfia 2015)

por Silvia L. Esperanza

SUMARIO: I. Introducción. II. Principios procesales en las relaciones de Familia. III. Cierre.

I. Introducción

En las líneas que siguen pretendemos dar a modo de introducción, un panorama de las disposiciones que el Código Civil y Comercial (de ahora en adelante CCyC) refieren a algunos de los principios procesales en las Relaciones de Familia.

La Real Academia Española, en su quinta acepción define a los principios como “Cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes”. En nuestro caso hablamos de los “principios del Derecho”, expresión utilizada por los legisladores, juristas, magistrados y auxiliares del Derecho, sin embargo como lo expresa Peyrano “las tesis construidas en derredor de los principios generales del Derecho no sólo suelen estar impregnadas de un subjetivismo reñido con la investigación científica, sino que sus mentores están animados de un particular espíritu intransigente, contrario a toda conciliación y renuente a cualquier raciocinio que no concuerde con la postura sostenida a ultranza”.

Para otros, tal el caso de Diaz Cuoselo, los principios son “juicios de valor, anteriores a la formulación de la norma positiva, que se refieren a la conducta de los hombres en su interferencia intersubjetiva, que fundamentan la creación normativa legislativa o consuetudinaria. Llambias enuncia que “los principios fundamentales de la legislación positiva que, aunque no se hallen escritos en ninguna parte, constituyen los presupuestos lógicos de la norma legislativa”.

Ahora bien, específicamente, en materia procesal Podetti destaca que los principios “no son absolutos, ya que no excluyen a su contrario”. Peyrano señala que son “construcciones normativas jurídicas de índole subsidiario, producto de la más cuidadosa decantación técnico sistemática de las normas que regulan un proceso dado; no excluyentes, en general de sus antítesis lógicas o de las consecuencias de éstas; que contribuyen a integrar los vacíos que presente la regulación normativa donde ven la luz; pero cuya primera misión es la de servir de faro para que el intérprete, sea juez, legislador o tratadista, no equivoque el camino u olvide que toda solución procedimental propuesta debe armonizar con ella, so pena de introducir la incoherencia allí donde resulta más nefasta, es decir en el ámbito del proceso. Gozaini explica que “el desarrollo del proceso permite observar un conjunto de principios que estructuran las denominadas reglas

adjetivas del procedimiento, es el ritual, propiamente dicho, el reflejo de cómo se hace un proceso a partir de la orientación que fundamenta cada sistema jurídico procesal. Son principios porque deben estar siempre presentes. Más que reglas técnicas, son imperativos de la conducta que guía el procedimiento de jueces y abogados. Por eso, también se pueden presentar como garantías procesales.

II. Principios procesales en las relaciones de familia

En ese marco descripto precedentemente apreciamos que el CCy C positiviza los principios. Así el art. 706 expresa que en el proceso en materia de familia debe respetarse los principios de:

a) *Tutela judicial efectiva*

Afirman Barberio y García Sola que la tutela judicial efectiva comienza significando -en la visión tradicional y homogénea de las convenciones multilaterales y la mayoría de las Constituciones del mundo civilizado- el derecho que asiste a toda persona a ser escuchada por el órgano de la jurisdicción frente a un conflicto intersubjetivo de intereses que implique violación o amenaza de un bien jurídico. Continúa requiriendo que la posibilidad de ejercer tal derecho alcance a todos los ciudadanos libremente y sin discriminación razonable, y provoque el conocimiento de un juez independiente, imparcial y preconstituido por la ley. Como tercer peldaño, la escucha debe ocurrir en el seno de un proceso, con posibilidades de intervención, defensa y prueba igualitaria para ambas partes del conflicto y culminar con una sentencia fundada, que dé razón a quien la tiene y sea emitida en un plazo razonable.

En la misma línea de pensamiento Boleso asevera que puede ser entendida de dos maneras. En forma estricta como acceso a la jurisdicción o al proceso donde se puede plantear y debatir la pretensión, el derecho a la defensa en el juicio en que se tramita la pretensión, el derecho a una resolución razonable, fundada en derecho, dictada en tiempo oportuno y que la resolución obtenida sea efectiva. Sin embargo existen autores que consideran a la par de un principio un derecho.

Debe recordarse que la Tutela Judicial Efectiva, como tal, no se halla explícitamente consagrada en la Constitución Nacional, sin embargo deriva necesariamente del art. 18, integrándose con lo dispuesto por los arts. 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica, el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art. 14.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se encuentran comprendidos así, el acceso a la justicia, el derecho de un pronunciamiento expreso debidamente motivado, y el cumplimiento de las decisiones que no necesariamente sean las definitivas.

Asimismo, la efectividad de la tutela no sólo se encuentra en la oportunidad de su dictado, sino en el acceso a la justicia (art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional, art. 3º y 4º de la Convención sobre los Derechos del Niño y de las 100 Reglas de Brasilia) que, en cuestiones de familia es comprensivo, entre otros, del principio de gratuidad, (excepto cuestiones patrimoniales), de la reconducción de postulaciones, que es la aplicación de

“iura novit curia” a fin de evitar el excesivo rigor formal, porque las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto que por el principio pro actione, hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción.

Así también es abarcativo de los principios de economía procesal y derivado de éste el de máximo rendimiento, el de celeridad que, como bien lo indica la Dra. De los Santos se hallan aplicados en los arts. 414, 543 y 554, concentración y eventualidad (arts. 546 y 578 acumulación de las pretensiones).

Igualmente y como consecuencia de los tratados humanos que Argentina ha firmado y que dentro del cúmulo de obligaciones del Estado se incluye la de prevención de las violaciones que a los derechos puedan inferir los particulares. En caso de no hacerlo y aún cuando el estado no sea el autor de la violación, incumple el tratado y tiene responsabilidad internacional por su omisión en prevenir. Es así que la función preventiva específicamente, se halla regulada en los arts, 1710 a 1715, así también en las relaciones de familia en los arts. 34, 544, sobre este artículo podemos decir, además, que es un claro ejemplo de “Tutela anticipada”, 586 “Reclamación de filiación. Alimentos provisorios”; 721 “Medidas provisionales relativas a las personas en el divorcio y en la nulidad del matrimonio”, 722 “Medidas provisionales relativas a los bienes en el divorcio y en la nulidad de matrimonio”.

Justamente con el fin de cumplir el mandato primigenio de hacer efectiva las garantías constitucionales/convencionales, este principio es constantemente bregado por los magistrados que se enrolan en el activismo judicial, corriente doctrinaria llevada adelante por jueces protagónicos del proceso.

Además, es relevante tener presente que cuando un tratado como el Pacto de San José de Costa Rica obliga a los estados-parte a adoptar las medidas legislativas "o de otro carácter" que resulten necesarias para la efectividad de los derechos, hay que dar por cierto que entre esas medidas "de otro carácter" como alternativas o supletorias de las legislativas, se hallan las sentencias, porque los jueces -en cuanto operadores- tienen la obligación de dar aplicación y eficacia a los derechos reconocidos en los tratados sobre derechos humanos.

b) *Inmediación y oralidad*

Este principio supone, por un lado, el contacto directo y personal entre el juez y la persona que reclama sus derechos y, por otro, la oralidad. Su base constitucional/convencional está en lo que disponen los arts. 8° CADH, 9°.2 CDN y 1°, 3° y 13 CDPD.

En supuestos esencialmente sensibles, como aquellos en que resulta necesaria la separación del niño de su familia de origen, deberá procurarse el acceso irrestricto al contacto con el juez, con independencia de que los involucrados asuman o no la calidad de parte procesal. Dice la regla convencional: “En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes

interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones” (art. 9°.2 CDN). La participación tiene un alcance más amplio que la intervención procesal, sobre todo en procesos donde se dirime la titularidad o el ejercicio de la responsabilidad parental y sus efectos sobre el derecho a la identidad.

Expresa Ballarín la oralidad y, en particular, la inmediación, enriquece la percepción del juez respecto de los miembros de la familia y, en consecuencia, de la realidad familiar. A su vez, es el ámbito propicio para que la familia perciba al juez comprometido en brindar un servicio eficiente. El mensaje transmitido por un juez presente trasciende el momento mismo de la audiencia y alude al control de lo que eventualmente se resuelva.

El principio de inmediación y el de oralidad se explicita en normas tales como los arts. 26; 35; 113; 404; 438; 595, inc. f; 609, inc. b; 607; 626, inc. d; 627, inc. d; 632, inc. a; 639, inc. c; 642; 643; 707, exigiendo la presencia personal de los involucrados ante el magistrado. La inmediación garantiza el acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad sin discriminación de ningún tipo.

A modo de ejemplo se podría citar, como una derivación del principio procesal de inmediación -que tiene una connotación especial en los procesos de restricción a la capacidad, que se ha previsto el contacto directo del juez con la persona, o en los casos de adopción donde el menor tiene derecho a ser oído.

La entrevista personal no será una mera facultad sino un deber indelegable del juez, quien deberá asegurarla en cada proceso (art. 35). Así ha sucedido en la causa “B., M. D. s/ Restricción a la capacidad”, Expte. N° CXP 5759/13, donde la magistrado ha expresado: “Otra de las exigencias legales actuales, la constituye la necesidad de mantener una entrevista personal con el interesado, en los términos del art. 35 del Código Civil y Comercial hoy vigente,[...]. Sin embargo, en nuestra provincia de Corrientes, ya el Código ritual establecía la posibilidad de que el juez haga comparecer al afectado al Juzgado para tomar contacto personal con él, conforme lo prevé el art. 633, primer párrafo del CPCC; lo que por otro lado era de buena práctica, razón por la cual y según consta a fs. 49 he tenido una entrevista personal con el Sr. M. D. B.[...]”.

Continuando en el terreno operativo de la inmediatez, y haciendo honor al principio la jurisdicción expreso: “la entrevista personal (art. 35 CCyC) celebrada con la Sra. A. (en presencia de su letrado, el Mrio. Público y el resto de los interesados aludidos en el acta de fs. 718) ha permitido al Tribunal persuadirse sobre la posibilidad de aquella de expresarse, dar a conocer sus necesidades y preferencias, sus gustos, la confianza que le merecen cada uno de los integrantes de la familia, y que administra la cotidianidad del hogar, en el que en la actualidad convive con su hija B.[...]”.

Un buen ejemplo de la inmediatez en los casos de adopción integrativa simple, lo aporta el antecedente jurisprudencial “S. G.A. s/Adopción simple”, Expte. N° 90832/13, donde se dijo: “[...]Que la adolescente ... ha sido oída en el presente proceso por la suscripta y se ha expresado en los siguientes términos[...].”.

Ahondaremos en el principio de oralidad dada su relevancia en las audiencias por ser una de las figuras destacadas en los procesos y en particular en los de relaciones de

familia. Zechetto distingue tres formas de comunicación interpersonales a las que refiere como competencias comunicativas: La lingüística, la paralingüística y la no verbal. La competencia lingüística se refiere al uso y manejo de los códigos de la lengua, la paralingüística a los elementos que acompañan la oralidad, tales como característica de la voz, forma de emitirla -entonaciones, altura, acento- y otros sonidos emocionales, -gritos, suspiros, carraspeo, llanto- y la no verbal está formada por expresiones, gestos y movimientos corporales.

Lo que se busca con estos principios es el contacto directo con la parte que, incluso, puede ser “ayudado” con la tecnología a través, por ejemplo, de las videoconferencias.

Aquí es sumamente trascendente el auxilio de la ciencia, en particular de la Psicología para la interpretación de los componentes no verbales del lenguaje.

Veamos el lenguaje gestual en las audiencias:

- La dirección de la mirada, con la tristeza, la mirada baja con la vergüenza o la culpa y mira a lo lejos con la repulsión.

- Las lágrimas, signo de algunas emociones. Se presentan cuando hay tristeza, desazón, alivio, ciertas formas de goce y risa incontrolada.

- Rubor, es signo de turbación, también se presenta cuando hay vergüenza y, quizás, culpa.

- Sonrisas, acá encontramos la *de turbación*, en la que se baja la vista y se aparta para no encontrarse con los ojos del otro. La sonrisa *mitigadora* que tiene como propósito limar las asperezas de un mensaje desagradable o crítico, a menudo forzando al receptor de la crítica a que devuelva la sonrisa a pesar de la molestia o desazón que ésta pueda provocarle. La de *cansancio o superioridad moral*, se caracteriza porque en ella se elevan las comisuras de un lado sólo del rostro, mientras se mantienen los labios apretados, produciendo una clase especial de cuasi sonrisa.

- Las ilustraciones que se utilizan para explicar mejor ciertas ideas que no pueden transmitirse fácilmente con palabras o cuando no encuentra una palabra (chasquear los dedos o alzar la mano como para alcanzar algo en el aire). A medida que más comprometidos estamos, más lo ilustramos y cuando estamos “furiosos” ilustramos más de lo acostumbrado. Se ilustra menos cuando se siente indiferente, aburrido, ajeno a la cuestión.

c) *Oficiosidad*

A lo que apunta la norma es a la idea del juez director del proceso con amplios poderes. Se reconoce en él la facultad de ordenar de oficio pruebas trascendentes, disponiendo la realización de pruebas biológicas en acciones de reclamación o impugnación del estado de hijo o la producción de más probanzas en materia de adopción. Se debe tener presente que esta amplitud en las facultades sólo es para aquellos asuntos que exceden el mero interés particular de las partes, no a aquellos exclusivamente patrimoniales.

Es de destacar la calidad oficiosa de la judicatura en lo referente a pruebas biológicas y las vinculadas al proceso de adopción donde expresamente al art. 616 dispone

que una vez cumplido el período de guarda, *el juez* interviniente, *de oficio* o a petición de parte o de la autoridad administrativa, inicia el proceso de adopción. Así también ante la noticia de un hecho que lo incite a la apertura de una tutela (art. 111) en alimentos, puede imponer al obligado incumplidor medidas razonables para asegurar la eficacia de la resolución, en presencia reiteradas del incumplimiento en el régimen de comunicación (art. 553 y 557), en la guarda, cuando el menor quiere conocer sus orígenes, *oficiosamente* da intervención al equipo técnico del tribunal (segundo párrafo del art. 596), en el art. 440 Convenio regulador (efectos del divorcio) el juez puede exigir que el obligado otorgue garantías reales o personales como requisito para la aprobación, como *oficiosamente* ordena que se incorporen otros elemento que estime pertinente al formular las propuestas para el convenio regulador (art. 438).

Es por ello que Cardenas manifiesta que el juez sólo es útil si se instala con su imperio en medio de la familia en crisis, apoyando, poniendo límites, acompañando y entrenando en el proceso de organización o reorganización en que se encuentre, es así que una vez iniciado el proceso de familia, avanza *oficiosamente*, sin necesidad de ser instado por parte alguna.

d) Acceso limitado al expediente

Este principio regulado en el art. 708, encuentra su base en el “derecho a la intimidad”, consagrado en la Constitución Nacional (art. 18) y en total consonancia con los principios que sostienen la doctrina internacional de los Derechos Humanos (art. 16 CDN).

Lo que se pretende es conservar la intimidad de las partes del caso, especialmente cuando se tratan de menores de edad, sobre el particular la Convención sobre los Derechos del Niño, prescribe en su art. 16: “1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”. También la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes consagra el derecho a la vida privada e intimidad familiar en su art. 10: “las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida privada e intimidad de y en la vida familiar. Estos derechos no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales”.

Como se puede apreciar, este principio es la excepción al de publicidad de los procesos en general y ello se debe a que los temas que se tratan en los procesos de familia están reservados para las partes incluso a los niños, niñas y adolescentes, aunque teniendo presente el grado de madurez, para estos supuestos será a través de sus representantes al igual que las personas con capacidades restringidas (arts. 24, inc. b; arts. 26, 100 y 101, 32, párr. 4, y arts. 34, 38, 100 y 101). Todo ello por imperativo constitucional-convencional de protección.

III. Cierre

Sólo aspiramos hacer un paneo de algunos de los principios procesales que deben ser operativos en todo proceso de familia de acuerdo con los estándares

constitucionales/convencionales.