OSVALDO A. GOZAÍNI

DERECHO PROCESAL DE FAMILIA

ÍNDICE GENERAL

Introducción

Capítulo I: Historia de la desigualdad

1. Los derechos eran para los hombres; 2. Los derechos de las mujeres; 3. La igualdad como objetivo.

Capítulo II: El marco normativo de los procesos de familia

1. Tratados y Convenciones; 2. La Convención Americana sobre Derechos Humanos; 3. Los efectos del control de convencionalidad en el derecho interno; 4. La protección legal. Los casos de Argentina y Panamá; 5. La formulación de los principios procesales; 6. Los principios del proceso de familia.

Capítulo III: La interpretación de los principios procesales

1. Principios generales; 2. La transformación de los principios; 3. Efectos del incumplimiento de garantías, principios y reglas; 4. Diferencias en la interpretación; 5. La inflexibilidad de las garantías; 6. La flexibilización de los principios; 7. La adaptación de las reglas a las garantías y principios; 8. Los principios nuevos.

Capítulo IV: Los deberes del Estado

1. Obligaciones principales; 2. Los nuevos deberes del Estado; 3. Normativa internacional; 4. Programas de acción. Declaraciones y principios.

Capítulo V: Los principios del derecho procesal de familia

1. Los principios y los sistemas; 2. Principios y presupuestos. Reglas y garantías; 3. Los presupuestos; 4. Principios del proceso y del procedimiento; 5. La ideología en el proceso.

Capítulo VI: El principio dispositivo

1. Nociones generales; 2. Del proceso individual al proceso desde la perspectiva del Estado; 3. Las dudas del principio dispositivo; 4. La misión constitucional del juez y el principio dispositivo; 5. La aportación de los hechos por las partes; 6. ¿Puede el juez iniciar el proceso? 7. Alcance del principio dispositivo en materia de familia

Capítulo VII: El principio de oralidad

1. La oralidad como principio político; 2. Evolución de la oralidad; 3. La socialización del proceso civil; 4. La escritura como sistema; 5. Ventajas de la oralidad; 6. Significado de la oralidad en el proceso de familia.

Capítulo VIII: El principio de inmediación

1. Relaciones de la oralidad con la inmediación; 2. El problema político de la inmediación; 3. Desilusiones y críticas a la inmediación; 4. La inmediación en el proceso de familia.

Capítulo IX: Secreto y privacidad

1. El principio de publicidad; 2. La reserva del expediente. Alcances; 3. Intimidad, confidencialidad y secreto.

Capítulo X: El principio de oficiosidad

1. Problemas de interpretación; 2. El principio de legalidad formal; 3. El impulso procesal; 4. El principio de economía procesal; 5. El principio de concentración (economía de esfuerzos); 6. El principio de preclusión; 7. El principio de saneamiento; 8. La caducidad de la instancia.

Capítulo XI: El principio de congruencia

1. Oficiosidad y congruencia; 2. Ampliaciones de la congruencia hacia sujetos que no son partes; 3. Ampliaciones de la congruencia en la pretensión.

Capítulo XII: El principio de buena fe

1. Introducción; 2. El principio de moralidad y buena fe en el proceso; 3. La buena fe y la honestidad de la conducta; 4. La conducta temeraria; 5. La conducta leal; 6. La probidad de la conducta; 7. La doctrina de los actos propios; 8. El deber de decir verdad; 9. El abuso procesal.

Capítulo XIII. La iniciativa probatoria del juez

1. La prueba decretada de oficio; 2. La prueba en los procesos de familia; 3. El derecho a la verdad; 4. El derecho a la verdad en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Capítulo XIV. El principio de colaboración en la prueba

1. Introducción; 2. Principio de colaboración; 3. Principio de libertad; 4. Principio de flexibilidad; 5. Carga de la prueba.

Capítulo XV. El plazo razonable

1. Nociones generales; 2. Los tiempos del proceso; 3. Los plazos y términos; 4. Los tratados y convenciones internacionales; 5. Tutela judicial efectiva.

Capítulo XVI. La especialización de jueces y abogados

1. La formación profesional; 2. La capacitación especializada; 3. El deber de capacitarse.

Capítulo XVII. Los principios puestos en práctica

1. Introducción; 2. Las medidas de protección especial; 3. Intervención y participación; 4. La calidad de parte del menor de edad; 5. El caso de los adolescentes.

NOTAS DE REDACCIÓN

Cuando se indica por vez primera, Colección Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, tomo (volumen de la colección) y folio (número de página), en lo sucesivo queda como nota: Fallos: 323:233 (siendo el primer número el tomo y el siguiente la página donde se encuentra.

La página web de consulta es: https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/

Las notas indican la bibliografía utilizada.

En el caso de revistas, en la primera nota se señala el título completo (Revista Juridica La Ley de Argentina, tomo, volumen, número de página), en los siguientes, por ejemplo, La Ley, 2021-C, 567.

Las obras de Osvaldo A. Gozaíni que se citan, pueden consultarse en www.gozaini.com

INTRODUCCIÓN

1. Cuando se considera a la familia como un todo que se puede convertir en un objeto a proteger especialmente, los principios procesales tradicionales se conmueven porque dejan de ver al individuo. El derecho es la esencia, la familia es la materia, y los sujetos no se miden únicamente por la relación parental.

Otrora, la familia conservaba la noción ancestral que proviene del latín *famulus* que significa *sirviente* o *esclavo.* Concepto que antiguamente incluía a parientes y empleados del amo. La casa era el núcleo familiar y el poder residía en el dueño de los derechos que, como casi en toda la historia de la humanidad, asentaba en el hombre.

Tardó mucho tiempo el mundo en darle a cada uno lo que era suyo. Proclama que era propia en el derecho romano y que tanto Gaius como Modestino le dieron vida eterna al explicarlo en sus "institutas". De a poco y muy lentamente se fueron aislando los vínculos de la dependencia para ir hacia las autonomías personales. Nadie tenía derechos propios sino derivados de aquellas situaciones donde la injusticia fuera evidente. El reclamo por lo justo fue un permiso, y la representación quedó en manos de aquellos que sabían de leyes y razones.

2. En efecto, se construyó la idea de la justicia pensando que los conflictos se daban entre sujetos con capacidad procesal plena que, cuando no se podía acreditar, obligaba a encontrar un sustituto o representante que ocupara ese lugar asumiendo el poder de adoptar, por sí mismo, las decisiones que en el proceso se debían resolver.

Se produjo así un paternalismo jurídico que suplantó la autonomía de la voluntad bajo el fundamento de no darle independencia al incapaz de derecho. El niño por la edad y por la función social carecía de propiedades; y la mujer fue una prenda del hombre con derechos inferiores, considerando que su labor era improductiva, y el rol familiar era procrear para que los hijos fueran fuentes de trabajo manual.

Esta idea fortaleció el predominio del hombre sobra la familia, y generó en la representación una figura institucional que auspició este modelo de sustitución de

personas, permitiendo que el menor fuera protegido por sus padres, progenitores o representantes legales; o que la mujer actuara con el mandato del marido.

El siglo XIII encontraba en "Las Partidas" esta idea afirmando que […]

> "de mejor condición es el varón que la mujer en muchas cosas, y en muchas maneras" […], inclusive, para determinar en un parto de mellizos cuál habría nacido primero, pues "*Nacen a las vegadas dos criaturas de una vez del viente de alguna muger e contece que es dubta qual dellas nace primero; e dezimos, que si el uno es varon, e el otro fembra, que devemos entender que el varon salio primero, pues que non se puede averiguar el contrario*".

3. En la evolución histórica la familia no tuvo la naturaleza que actualmente se le da. Ni siquiera la iglesia promovió la identidad del grupo parental, porque la mujer siguió siendo vulnerada y fueron tangibles las diferencias entre sexos. Dicho así, porque […]

> "la veneración de la virgen provocó que el estamento eclesiástico convirtiera en paradigma del sexo femenino a otra mujer bien distinta: Eva; la mujer vista como instrumento del demonio para hacer pecar al hombre. Es un ser inferior, nacido del hombre -la costilla de Adan-, y ha de estar a su servicio. El hombre fue creado a imagen y semejanza de Dios; mientras que la mujer ha sido una creación secundaria. Y por culpa de una mujer, débil y engañadiza, perdió el hombre el Paraiso Terrenal. La mujer esta sujeta al hombre debido a la debilidad, tanto en lo referente a la mente como al cuerpo"[1].

Siglos después, se transforman las ideas, pero no se adaptaron las situaciones juridicas subjetivas, entendidas como el derecho de tener cada persona su derecho a la audiencia para ser oído.

4. Con la codificación y la constitucionalización surge una interpretación impactante para el conservadurismo jurídico. En el siglo XX, la familia, la mujer, el niño, los ancianos, fueron aislándose del paternalismo protector, para conseguir ciertas autonomías para expresarse con su propia voluntad.

De este modo simple sucede el llamado reflexivo que había hecho la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño reclamando una protección especial; lo mismo continuó con la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea

---

[1] Cfr. Sánchez Vicente, María Pilar, *La condición juridica de la mujer a través de las Partidas,* tesis doctoral, Oviedo (España), 1985.

General de la ONU, el 20 de noviembre de 1959, (reconocida asimismo en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948), que proclamó la necesidad de actuar enfatizando el interés superior subyacente; al igual que estaba en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (especialmente, en el artículo 10). El pensamiento global fue que el niño sería tal hasta los dieciocho (18) años, y que recién allí tendría capacidad procesal suficiente para poder representarse a sí mismo, al lograr madurez suficiente y tener la posibilidad concreta de asumir deberes, cargas y obligaciones emergentes del litigio judicial.

El problema fue que las estructuras procesales siguieron instaladas en principios y reglas inconmovibles que provocaban una gran imprecisión de uso, y una auténtica reversión de objetivos, cuando no, una constante interpretación contradictoria. El juicio, o la litis mantuvo la idea de lucha y ella se aplicó a los conflictos familiares, prolongando el concepto de controversia o disputa de intereses confrontados que se debían resolver.

Se conservó al litigio con su marco de lucha entre partes, con ganadores y perdedores, sin dar posibilidad alguna a la justicia compositiva, auxiliada por expertos, o resguardada por mejores principios que, sin lugar a dudas, no estaban en los tradicionales del proceso y del procedimiento común.

Inclusive, los tratados y convenciones fueron aportando esquemas de derechos con innovaciones y perspectivas de género; la mujer no podía seguir igualada como sujeto del proceso, sin advertir la situación personal que atravesaba; igual sucedía con los adultos mayores; discapacitados; y un sinfín de individuos que, bajo la noción común de vulnerables, eran la muestra elocuente de la desigualdad.

5. En esta obra queremos tratar esa evolución que transita hasta llegar a encontrar ciertas garantías mínimas que se formulan como principios.

La introducción solo insinúa el camino recorrido en la historia que supera la inferioridad de los niños, mujeres, y también de aquellos hombres que, por las razones que fueran, no se podìan conducir con su voluntad, la que resultaba sustituida por un mandato legal o judicial. Esta es una historia de la desigualdad, muy interesante en el campo del derecho de los niños y de las mujeres.

Esperamos que se lean las reflexiones con espíritu crítico, porque son principios en construcción que, poco delineados en las normas del *ius cogens*, han sido la formulación de presupuestos necesarios para reformar la tutela judicial efectiva.

Osvaldo A. Gozaíni

CAPÍTULO I

HISTORIA DE LA DESIGUALDAD

1. Los derechos eran para los hombres

1.1 En tiempos remotos los derechos se pensaron para los hombres que ejercían dominio y poder, porque la justicia como sistema de resolución de conflictos entre personas se alojaba en cuestiones de convivencia o de intereses. El hombre, como portador del poder hegemónico, perseguía que sus provechos y utilidades, quedaran protegidos con sus acciones en lugar de razonar sobre derechos.

Los demás integrantes de la sociedad, como los menores de edad y las mujeres, tuvieron una función social de trabajo y asistencia al hombre, que lejos de ser tratados con la igualdad, eran sujetos con derechos diluidos o subordinados.

La igualdad como meta aparece recién con el iluminismo francés: se insinúa promediando el siglo XIX cuando los menores recibieron atención al ser amparado el trabajo infantil y la educación; y en las mujeres con la admisión a reconocimientos similares.

En la introducción mencionamos a la Declaracion de Ginebra que se da el 16 de septiembre de 1924 cuando la Liga de las Naciones aprobó la Declaración de los Derechos del Niño que fue el primer documento oficial que otorgó derechos y responsabilidades especiales[2].

En el siglo XX se produjeron al menos ochenta (80) instrumentos internacionales aplicables, en diversa medida, a los niños. En el conjunto destacan la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1959), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de

---

[2] La Declaración de Ginebra se basa en el trabajo del médico polaco Janusz Korczak, quien se preocupó por las situaciones ocurridas en la primera guerra mundial que dejó entre sus víctimas a miles de niños. En el año 1947 se creó el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (conocido como UNICEF) al cual se le concedió el estatus de organización internacional permanente en 1953. Durante sus inicios, la UNICEF se centró particularmente en ayudar a las jóvenes víctimas de la Segunda Guerra Mundial, principalmente a los niños europeos. Sin embargo, en 1953 su mandato alcanzó una dimensión internacional y comenzó a auxiliar a niños en países en vías de desarrollo. La Organización luego estableció una serie de programas para que los niños tuvieran acceso a una educación, buena salud, agua potable y alimentos.

Menores (Reglas de Beijing, 1985), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio, 1990) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad, 1990).

En este mismo círculo de protección del niño figuran, también, el Convenio 138 y la Recomendación 146 de la Organización Internacional del Trabajo y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por lo que hace al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, es preciso considerar el principio 8 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948) y el artículo 19 de la Convención Americana, así como los artículos 13, 15 y 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador")[3].

1.2 En 1959 se vuelve a insistir sobre la noción que afirma que *la humanidad le debe al niño lo mejor que puede darle y ofrecerle*. Producto fue la aprobación de una nueva declaración conteniendo diez (10) principios esenciales:

1) El derecho a la igualdad, sin distinción de raza, religión o nacionalidad.

2) El derecho a tener una protección especial para el desarrollo físico, mental y social del niño.

3) El derecho a un nombre y a una nacionalidad desde su nacimiento.

4) El derecho a una alimentación, vivienda y atención médicos adecuados.

5) El derecho a una educación y a un tratamiento especial para aquellos niños que sufren alguna discapacidad mental o física.

6) El derecho a la comprensión y al amor de los padres y de la sociedad.

7) El derecho a actividades recreativas y a una educación gratuita.

8) El derecho a estar entre los primeros en recibir ayuda en cualquier circunstancia.

---

[3] Corte IDH. OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002 solicitada por la Comisión IDH, para esclarecer la "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño".

9) El derecho a la protección contra cualquier forma de abandono, crueldad y explotación.

10) El derecho a ser criado con un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos y hermandad universal.

1.3 El 20 de noviembre de 1989 la Asamblea General de Naciones Unidas suscribe la "Convención de los Derechos del niño" y por vez primera se recepta la edad como un factor de reconocimiento […]

> *Artículo 1°:* Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

En algunos ordenamientos internacionales, se fracciona con un régimen etareo donde es niña o niño, el que tiene menos de trece (13) años; adolescente el que cuenta entre trece (13) y dieciocho (18) con una categoría intermedia entre dieciséis (16) y la mayoría de edad que considera al adolescente como adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo (así lo formula el art. 26 párrafo final del Código Civil y Comercial de Argentina).

La Convención sobre los derechos del niño trajo otra innovación en el artículo 9.2 que estableció el derecho a ser oído en los procesos donde se estuvieran disputando intereses del menor […]

> *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.*

Ratificando el derecho de participación activa del menor[4] el artículo 12 […]

> 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al

[4] A los fines de explicar el sentido procesal que tienen estos comentarios, unificamos por cuestiones de redacción el concepto de menor con el de niño, niña, menores y adolescentes; a sabiendas que la tendencia es sustituir al "menor" por el "niño", que es el verdadero sujeto de derechos, para sustraerlo de su condición de objeto, resabio de una concepción que solo tiende a legislar acerca de la incapacidad que rige respecto de los menores de veintiún (21) años y soslaya otras consideraciones igualmente importantes que se refieren a aspectos de la personalidad con miras a su desarrollo desde un concepto exhaustivo y de mayor alcance (Cfr. Beloff, Mary A., *"No hay menores en la calle",* en Revista No hay Derecho, N° 6, Buenos Aires, 1992.

niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

1.4 En síntesis, este conjunto de declaraciones internacionales necesitan pasar a un estado directamente operativo que permita reglamentar la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de cada país comprometido a garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de los derechos.

Precisamente, estas garantías requieren su máxima exigibilidad al estar sustentados en el principio del interés superior del niño. La omisión en la observancia de los deberes que corresponden a los órganos gubernamentales de los Estados habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces.

Recuérdese que el artículo 2° dispuso que la Convención sobre los Derechos del Niño fuera de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho (18) años de edad.

Y en orden a cuanto interesa remarcar, el párrafo final acentuó que *las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos*.

El modelo de participación propuesto sumó al derecho de petición que el menor hiciera, la obligación de atender sin importar la modalidad o el lugar como fuera presentada. De este modo, se receptó la sustancia antes que las formas, y desde esta libertad orientada por el interés superior a tutelar se flexibilizaron principios procesales.

2. Los derechos de las mujeres

2.1 Así como a los menores de edad se les fue acordando autonomía para actuar con su propia voluntad, y en consonancia con la madurez que pudieran acreditar; también

a las mujeres se les fueron dando, paulatinamente, mejores estándares de vida e independencia.

En 1791, Olympe de Gouges, dramaturga y activista política francesa, se animó a criticar la declaración de igualdades que formuló la revolución libertaria de su país que, inclusive, había dado lugar a la "Decalaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano" (incorporada a la Constitución Política de Francia).

Ella publicó una versión propia de la "Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadanía", donde con franca ironía sostuvo […]:

> «*Esta revolución solo tendrá efecto cuando todas las mujeres sean totalmente conscientes de su deplorable condición, y de los derechos que han perdido en la sociedad*». La Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana repasa los diecisiete (17) artículos de los derechos del hombre punto por punto, y se ha descrito como una parodia del documento original.

Este documento fue vital para comparar situaciones de notoria injusticia. Por ejemplo, la mujer era igualada con el hombre en los deberes y obligaciones fiscales; en el castigo o represión por delitos cometidos; en las obligaciones de respeto a la autoridad; pero, en cambio, no se le acordaron derechos a la educación; estaba oprimida sexualmente y considerada un verdadero objeto del hogar; no tenían posibilidad alguna de oportunidades personales, entre muchas más inequidades.

2.2 El siglo XIX comienza un tiempo de cambios radicales. La participación en el gobierno y en la elaboración de leyes había permitido que fuera puesto en escena el derecho al sufragio, si bien no contaba con suficientes argumentos para conmover las costumbres del comienzo de la era de las libertades.

Le corresponde también a esta etapa, el movimiento de algunas mujeres que se rebelaron contra las leyes que les negaban el derecho a la propiedad una vez casadas. Con la doctrina de la *cobertura*, los maridos se arrogaban el control sobre los bienes y salarios de sus esposas. Desde mediados del siglo XIX, los legisladores estadounidenses y británicos aprobaron estatutos que protegían las propiedades de las mujeres de sus esposos y de los acreedores de ellos.

El *examen por separado* era una práctica por la que una mujer casada que quisiera vender alguna de sus propiedades debía ser examinada por un magistrado sin la presencia

de su marido, y en la que se le preguntaba si estaba recibiendo presiones de su esposo para que firmara el documento.

2.3 No es este el lugar para hacer la historia evolutiva y progresiva de los derechos de la mujer, porque debiéramos observar muchos frenos y contrapesos socio económicos que las privaron de derechos más prontos. Por eso, una de las primeras voces conjuntas se elevó desde la "Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer" que, en el año 1947, poco después de ser creada las Naciones Unidas, provovcaron con su influencia que las mujeres tuvieran una dependencia en la organización (más tarde se convertiría en la División para el Adelanto de la Mujer, dependiente de la Secretaría de las Naciones Unidas).

La tarea fue ardua y constante; desde entonces hasta el año 1962 la Comisión se centró en establecer normas y formular convenciones internacionales que proponían cambiar las leyes discriminatorias y aumentaran la sensibilización mundial sobre las cuestiones de la mujer (a ellas se debe la oposición que en la *Declaración Universal* figurase la referencia a los hombres con sinónimo de derechos de la humanidad).

> La Comisión elaboró las primeras convenciones internacionales sobre los derechos de la mujer, como la "Convencion sobre los derechos políticos de la Mujer" (1953), que fue el primer instrumento de derecho internacional en reconocer y proteger los derechos a elegir y ser elegidas de las mujeres; también fue la responsable de redactar los primeros acuerdos internacionales sobre los derechos de la mujer en el matrimonio, a saber, la "Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada" 1957) y la "Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios" (1962). Además, contribuyó al trabajo de las oficinas de las Naciones Unidas, como el "Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor" (1951) de la Organización Internacional del Trabajo, que consagró el principio de igual salario por el mismo trabajo.

Así llegamos, en afán de sintesis, y para concretar los principios que después articularemos, a la "*Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*" (1979), con su protocolo facultativo de 1999, de gran incidencia en la temática a explorar.

3. La igualdad como objetivo

3.1 Los derechos de mujeres y niños capitalizan una idea libertaria que razona sobre la igualdad. Tiende a superar la tolerancia de las asimetrías, provocando una idea fuerza que procura tratar en forma desigual a los iguales, es decir, dando equidistancia a las diferencias, donde los equivalentes jurisdiccionales son la piedra fundamental para fomentar esta tarea tuitiva.

Desde otra perspectiva, significa generar una justicia de rostro más humano que, bajo el manto de la justicia de protección, y sin perder en tiempo alguno la imparcialidad, quiere un activismo judicial atento a las diferencias para centrar el nivel adecuado de atención. Con estas acciones positivas todos deben actuar en favor de la igualdad, aunque es posible que se encuentren numerosas manifestaciones de igualar a los iguales manteniendo la desigualdad entre los desiguales.

El juego de palabras ratifca un hecho común. A pesar de saber que es la igualdad, poco se hace por conseguirla.

3.2 A finales del siglo XVIII, producto del pensamiento ilustrado, la igualdad será -junto con la libertad y la fraternidad- el estandarte de la Revolución francesa y estará puesta como principio en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Aquí se anuncia que la libertad es innata al ser humano, porque todos nacen libres e iguales, sin que puedan prevalecer privilegios o discriminaciones. Se trata de una igualdad pura y simple, que en el mundo jurídico refiere a una igualdad concreta ante la ley.

Pero al mismo tiempo es una igualdad declamada que no concilia con la realidad mundana cuya vigencia plena se pone en dudas. Un claro ejemplo de cuanto se afirma es el derecho de niños y mujeres; de enfermos y ancianos; de pobres y desventajados, donde la equivalencia legal no concilia con la igualación real.

Por eso es que muchos afirman que la igualdad es una garantía que exige más que palabras, porque de así mantenerse, vuelca su naturaleza en el terreno de los principios, quedando a expensas de la interpretación y de la voluntad política.

En tal sentido se promueve un cambio de mirada, por la cual la optimización de la garantía exige acciones concretas, tanto en el plano normativo de la formalidad legal, como en el adjetivo del plan de acción. Dicho esto, en el sentido de favorecer que el

Estado, en sus tres poderes, prosigan el camino de la igualación efectiva, dando equilibrio donde haya contrapesos; y equidad donde se encuentre discriminación o trato diferente.

3.3 La garantía de igualdad es una prédica que tiene objetivos concretos. Que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, mas no impide que la legislación contemple en forma diferente situaciones que considere distintas, cuando la discriminación no es arbitraria, ni responde a un propósito de hostilidad contra determinados individuos o clase de personas, ni encierra un indebido favor o privilegio, personal o de grupo.

Este patrón de conducta es el que debemos tratar en este libro, toda vez que el derecho procesal considera al principio de igualdad dentro de un concepto comparativo de oportunidades por el cual, las partes que litigan, deben tener las mismas posibilidades de ser oído, de actuar y controlar al otro, de recurrir y de tantos actos más que se dan para ambos como si fuesen iguales por acreditar la condición de parte

Lo cierto es que, en materia de familia, el derecho a la protección integral promueve que haya una igualdad real de oportunidades para las personas con responsabilidades familiares, y para que cuenten todos con el derecho al desarrollo progresivo de sus derechos fundamentales.

Esa igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por las Constituciones y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, dan cuenta de una finalidad que tiene preferencias de acción cuando las desventajas son evidentes, como ocurre con los niños, las mujeres, los adultos mayores, y en general, aquellos que se encuentran alcanzados en el gran círculo de los vulnerables.

En Argentina, la Corte Suprema ha dicho […]

> Las directivas que emanan del Convenio 156 de la OIT y de los tratados internacionales sobre derechos humanos consagran innegablemente la igualdad de derechos de hombres y mujeres frente a las responsabilidades familiares; más aún, imponen a los Estados nacionales la obligación de adoptar medidas adecuadas que permitan erradicar el perimido patrón socio cultural que pone exclusivamente a cargo de las mujeres las tareas domésticas y la crianza de los hijos, por lo cual es evidente que para cumplir con tal cometido el Estado debe facilitar, incentivar y apoyar la participación de los hombres en esas tareas y una imprescindible medida de facilitación y apoyo al efecto es la de

> protegerlos de la discriminación laboral de la que puedan ser objeto a la hora de asumir, en pie de igualdad con las mujeres, los compromisos propios del ámbito doméstico y también lo es la de promover servicios comunitarios que les permitan desempeñar un empleo sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales (Voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti)[5].

3.4 No obstante, no es la igualdad el punto de partida, sino, antes bien, una garantía inequívoca que se debe sumar a un cuadro preliminar de derechos, aquellos que hoy son prioritarios en las decisiones judiciales, como resultan los temas de violencia familiar; las cuestiones de género que progresivamente se van aislando como categorías transversales; la necesidad de participar con perspectivas diversas en las decisiones que afecten a las mujeres, cualquiera fuese su percepción sobre la identidad sexual; y así hasta llegar a la "Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer" (1993) todas ellas dando lugar a tratados y convenciones especializadas, de las que surgen algunos principios esenciales como:

a) El derecho de acceso a la justicia pronta y expedita

b) La necesidad de adoptar con la debida diligencia, medidas de protección y tutela urgente

c) La consideración del caso como víctima de especial protección

d) La necesidad de educar y capacitar a los funcionarios que actúan en temas de este calibre.

4. La familia como objeto de tutela específica

4.1 La idea de familia actual no coincide con la historia que le precede, es un concepto evolutivo que obligó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a establecer estándares diferentes según fuera la violación a los derechos humanos un argumento que debía considerar el pensamiento social sobre la familia al tiempo de darse la trasgresión.

> Los romanos tenían varias acepciones de la palabra familia: 1º) Reunión de personas bajo la potestad de un jefe, llamado *pater-familias*. Aquí la familia aparecía compuesta por el

[5] Colección Fallos de la CS, 344 p. 3011 (en adelante citadao como Fallos: 344:3011).

> padre (el jefe), la madre, los hijos y los esclavos. La autoridad se reservaba al jefe y éste podía inclusive vender o matar a su hijo. También esto se dio en Grecia. Se ha visto en la familia, así, un factor político; 2º) Personas unidas por el vínculo civil de la *agnación*, que podía ser descendencia paterna o la adopción; 3) Igualmente, designaba la *cognatio* o parentesco natural entre las personas que descendían unas de otras o de un autor común. Incluía la *affinitas* o afinidad; 4º) O de manera restringida, significaba el *domus*, o personas bajo un mismo techo; 5º) Y, además, llamábase familia al patrimonio de un romano. Este sentido comprende un factor económico[6].

Una visión restrictiva caracteriza a la familia a partir del matrimonio formal, con las relaciones paterno filiales donde tiene prioridad centrar el núcleo de protección en la pareja y sus hijos. Matrimonio, filiación y parentesco estructuran los componentes de la familia. Sin embargo, las relaciones humanas han generado nuevos vínculos y ampliado la prole con hijos llegados de matrimonios anteriores, dando lugar a la familia ensamblada; claro está que, de aceptarse la disolución del vínculo legal, o la separación de parejas articuladas que tuvieron hijos propios, para constituir cualquiera de ellos una nueva relación con persona del mismo sexo o de otro (vínculo solemne), la protección no cambia, pues en todos los casos, habrá "familia".

Explica Mary Beloff que […]

> El concepto de familia ha sufrido una notable evolución en el derecho internacional de los derechos humanos, desde una concepción más tradicional y restrictiva hacia nociones más abiertas y plurales. Debió adaptarse a lo largo de los años a las diversas circunstancias, contextos y realidades sociales. Para interpretar los múltiples sentidos de la institución "familia" y asegurar su debida protección es fundamental tener en cuenta que la Corte IDH ha establecido, de forma coincidente con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales[7].

A los fines de verificar, en consecuencia, cuáles son las familias que se deben tutelar con los nuevos principios, reviste especial interés cobijar el concepto de familia con una mirada abarcadora de las nuevas integraciones que hacen al respeto completo de los derechos humanos y sus diversidades.

---

[6] Parra Benítez, Jorge, *Manual de Derecho Civil. Personas v Familia.* Bogotá: Temis. 1990 (2ª edición), p. 30.

[7] Beloff, Mary, *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada, comentario al artículo 17.* Christian Steiner – Patricia Uribe (coordinadores), Kondar Adenauer – Suprema Corte de los Estados Unidos Mexicanos; Bogotá, 2014, p. 389.

4.2 Esta perspectiva es la que tiene la Corte IDH, destacando dos casos testigos de esa puesta de atención singular. Por un lado en el caso *Atala Riffo vs. Chile*, donde se trataba de la union de personas del mismo sexo, el tribunal sostuvo que […]

> En la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo "tradicional" de la misma (…). El concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio[8].

Y en el caso *Forneron vs. Argentina,* donde no había relación formal previa, sino el derecho de un padre biológico a conocer y tomar contacto con su hija, destacó que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia. Dejó de lado así el modelo estereotipado de familia en relación con el rol y funciones de los padres dentro de ella, para acordar que estas ideas preconcebidas reposan sobre el rol de un hombre y una mujer en cuanto a determinadas funciones o procesos reproductivos, respecto a la maternidad y paternidad, y precisó que nada indica que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños[9].

Estos son modelos de interpretación que se engloban dentro del estándar de protección que, desde la Declaración Universal (art. 16); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23) o el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se otorga a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad.

4.3 Para asegurar la inteligencia que referimos, el Comité de Derechos Humanos en la Observación General Nº 23, precisó que, al no ser posible tener una definición uniforme del concepto de familia, dada las asimetrías existentes entre un Estado y otro, y aún entre las diferentes regiones de un mismo Estado, se debe entender que […]

---

[8] Corte IDH, Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C Nº 239, párrafo 142. Aquí se cita la Opinión Consultiva OC-17/02, nota 122, párrs. 69 y 70. Ver asimismo: T.E.D.H., Caso *Keegan vs. Irlanda*, (No. 16969/90), Sentencia de 26 de mayo de 1994, párr. 44, y Caso *Kroon y otros vs. Países Bajos*, (No. 18535/91), Sentencia de 27 de octubre de 1994, párr. 30.

[9] Corte IDH, Caso *Fornerón e hija vs. Argentina.* Sentencia de 27 de abril de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas); Serie C Nº 242, párrafo 94. Cfr. Beloff, comentario al artículo 17 CADH, cit., p. 391.

Cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, 'nuclear' y 'extendida', debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados Partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros. Sin perjuicio de ello, el artículo 17 de la CADH debiera interpretarse con un criterio amplio que incluya a todas las personas que componen la familia, tal como se entienda ésta en la sociedad del Estado Parte de que se trate[10].

[10] Cfr. Beloff, ob. cit., p. 394.

CAPÍTULO II

EL MARCO NORMATIVO DE LOS PROCESOS DE FAMILIA

1. Tratados y Convenciones

1.1 En el derecho internacional de los derechos humanos existen numerosos pactos y convenciones que establecen derechos fundamentales que cada uno fomenta, sin dar un diseño especial para que sean exigibles cuando no se aplican en el Estado comprometido. Ello es congruente con el carácter de subsidiariedad que tienen los tratados, y lógico con el derecho procesal transnacional que, complementariamente, respalda las denuncias de inejecución ante los organismos que corresponden como garantes de cada sistema.

El preámbulo de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* considera que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Se impiden las injerencias arbitrarias (art. 12), se fomenta la creación de una familia (art. 16), se declara en el inciso tercero de este precepto que […]: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado". Y para asegurar el bienestar se protege el trabajo, la subsistencia, el desarrollo progresivo, la vivienda, y la seguridad.

1.2 El *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,* asegura condiciones de existencia dignas para las personas y para sus familias; y reconoce en el art. 10 que […]: "Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges".

Entre muchos más reaaseguros para la vida digna de la familia, se agregan derechos de cobertura para la alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora

continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes han de tomar medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

1.3 El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* atiende también a la familia insistiendo en declarar que ella es el elemento natural y fundamental de la sociedad y que tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. El derecho a contraer matrimonio y formar una familia (art. 23.2); a que los niños sean protegidos sin discriminación alguna (art. 24); y al bienester general, marcan una tendencia que en sucesivos tratados internacionales van perfilando la esencia del derecho a tutelar.

Así ocurre con la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer,* que reconoce el gran aporte de las mujeres al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, dando importancia capital a la maternidad y a la función tanto del padre como de la madre en la familia y en la educación de los hijos. Son conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación, sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto.

Se garantiza, en el artículo 5.b), que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.

Estos son avances importantes que van alineando la igualdad de la mujer en los derechos al bienestar, a la educación, al trabajo, y, en general a que tenga servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños.

La manda del art. 12.1 es clara: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la

familia". Lo mismo se resguarda con la protección económica, y los problemas especiales que tiene la mujer rural, destacando el importante papel que desempeña en la supervivencia económica de su familia, incluido su trabajo en los sectores no monetarios de la economía.

1.4 La *Convención sobre los derechos del niño,* reconoce la dignidad intrínseca que significa respetar estos derechos, que se deben aplicar en forma igualitaria e inalienable a todos los miembros de la familia humana. Se ratifica que la familia es un grupo fundamental de la sociedad, y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños. Ellos han de recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

El artículo 5 reconoce las nuevas modalidades de familias, destacando que: "Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención".

Los derechos se declaran exigibles en todo tiempo y circunstancia, inclusive, en aquellos casos de separación familiar adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño; en estas situaciones, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas (art. 9).

> Artículo 10 1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1º del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva.

> Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.
>
> 2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 1º del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido del propio, y a entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.

Estos y otros derechos de protección y asistencia especial para el niño suponen encontrar vías procesales idóneas para que se efectivicen, las que no están previstas en la normativa, o en otras, dando lugar a muchas confusiones donde reinan los conflictos de interpretación o las controversias entre jurisdicciones.

1.5 Tan amplio es el espectro alcanzado para los derechos de la familia, que están también en la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes,* que considera necesario fomentar la visita familiar al preso o detenido como un fin de evitar que se manifiesten con la omisión, algunas de las consecuencias que la convención quiere prevenir.

Distanciamiento del que también se ocupa la *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares,* refiriendo que son las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate.

2. La Convención Americana sobre Derechos Humanos

2.1 El artículo 17 del Pacto de San José de Costa Rica dice:

> 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
>
> 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
>
> 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
>
> 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
>
> 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

El marco acota los derechos a constituir una familia a partir del matrimonio libre y consentido, sin discriminaciones de tipo alguno, y dando equivalencia de responsabilidades a cada cónyuge o integrante de la pareja, debiendo ellos y el Estado Parte, asegurar que en caso de disolución, los hijos queden protegidos sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

2.2 Sin embargo, es una idea que los demás cuerpos normativos ampliaron, y que la propia Corte IDH al nominar las declaraciones, tratados y convenciones que forman parte del *Corpus Iuris Interamericano*, admiten que sobre ellos se pueda hacer control de convencionalidad, dando lugar así al reconocimiento de varios tipos de familias, que no solo quedan constituidas por la unión convivencial, o por el cuidado y desarrollo de los niños pequeños (agrupados en el concepto de familia nuclear, o de familias ampliadas), dando lugar a nuevas modalidades que se han de respetar con las mismas garantías y derechos.

Esa diversidad significa que, para que exista una familia, la prole no es un elemento imprescindible, sino eventual aunque intrínseco, donde los allegados directos e indirectos, tengan o no relación parental, amplían notoriamente el tamaño de la familia, las funciones que cumple cada uno en esa integración, y las responsabilidades que entre ellos se genera.

En el caso *Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia* el tribunal internacional aclaró este alcance global, al decir que […]

> El *corpus iuris* debe servir para definir el contenido y los alcances de las obligaciones que ha asumido el Estado cuando se analizan los derechos de las niñas y los niños. Al respecto, los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en su artículo 19, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto. La adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquél pertenece[11].

El problema fue que los padres habían sido expulsados por el Estado Peruano que los acusó por terrorismo, requiriendo los afectados que Bolivia los recibiera en condición de refugiados, calidad que no le fue conferida a los hijos, alegando que eran derechos personalísimos.

La situacion procesal fue bien dirimida por la Corte IDH que dividió en dos las etapas a resolver. Por un lado, cuando el solicitante de la condición de refugiado es una niña o un niño, los principios contenidos en la Convención sobre Derechos del Niño deben orientar tanto los aspectos sustantivos como procedimentales de la determinación de la solicitud. Así, cuando son solicitantes, los niños, niñas o adolescentes, deben gozar de garantías procedimentales específicas y probatorias para garantizar que justas decisiones sean tomadas en la determinación de sus solicitudes para la condición de refugiado, lo cual requiere de un desarrollo e integración de procedimientos apropiados y seguros para los menores y un ambiente que les genere confianza en todas las etapas del proceso de asilo.

A la vez, y bajo este mismo principio, si el solicitante principal es excluido de la condición de refugiado, los familiares tienen el derecho de que sus propias solicitudes sean evaluadas de forma independiente.

Sin embargo, esas no son las situaciones que se resuelven, porqué de cuanto se trata es de ver si la familia puede quedar aislada (desintegrada) a causa de una interpretación legal.

De este encuadre surge que, tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en especial los artículos 17 y 19); como la Convención de los derechos del

---

[11] Caso *Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); Serie C Nº 272, párrafo 217.

niño (artículos 12 y 22), disponen que exista en el derecho interno una protección especial que asegure con igualdad los derechos reconocidos, dando cuenta así que, en todo procedimiento se debe oír al interesado, darle protagonismo efectivo para la defensa de los intereses particulares, y para que puedan influir con su pensamiento en la decisión a tomar.

> El artículo 19 de la Convención, además de otorgar una protección especial a los derechos reconocidos en ésta, establece una obligación a cargo del Estado de respetar y asegurar los derechos reconocidos a los niños en otros instrumentos internacionales aplicables. Resulta relevante hacer referencia a los artículos 12 y 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los cuales reconocen, respectivamente, el derecho de los niños de gozar de la oportunidad de ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte, y su derecho a que los Estados logren que el niño que intente obtener el estatuto de refugiado, o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables, reciba la protección y asistencia necesaria para salvaguardar sus derechos[12].

2.3 En síntesis, volvemos al punto inicial. La familia como concepto tradicional consigue una notable expansión de contenidos pero una gran restricción en las vías procesales de protección. Esto que se afirma, ya fue mencionado en una Opinión Consultiva donde queda expresamente dicho que […]

> La familia a la que toda niña y niño tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, incluyendo a los familiares más cercanos, la cual debe brindar la protección a la niña y al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado. No obstante, la Corte recuerda que no existe un modelo único de familia. Por ello, la definición de familia no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar sólo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales. Además, en muchas familias las personas a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son los padres biológicos.
>
> Más aún, en el contexto migratorio, los "*lazos familiares"* pueden haberse constituido entre personas que no necesariamente sean jurídicamente parientes, máxime cuando, en lo que respecta a niñas y niños, no han contado o convivido con sus padres en tales procesos. Es por ello que el Estado tiene la obligación de determinar en cada caso la

[12] Corte IDH. Caso *Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia,* cit., párrafo 219.

> constitución del núcleo familiar de la niña o del niño. Por consiguiente, en el desarrollo de la presente consulta en el marco de la situación de las personas migrantes, la Corte utilizará en un sentido amplio el término *progenitores* de la niña o del niño empleado en la consulta formulada a la Corte, comprendiendo en él a quienes efectivamente constituyen parte de la familia de la niña o del niño y, por lo tanto, son titulares de la protección a la familia acordada en los artículos 17 de la Convención y VI de la Declaración Americana.
>
> En igual sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha sostenido que "el término *familia* debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local", de conformidad con el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y que las previsiones del artículo 9 relativo a la separación de las niñas y los niños de los progenitores, es aplicable *a cualquier persona que tenga el derecho de custodia, los tutores legales o habituales, los padres adoptivos y las personas con las que el niño tenga una relación personal estrecha*[13].

3. Los efectos del control de convencionalidad en el derecho interno

3.1 Comenzar explicando el control de convencionalidad tiene su importancia por el deber de acatamiento de los Estados que adhirieron a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En efecto, el control de convencionalidad puede ser analizado como un deber implícito en la Convención Americana, y alojarse entre lo indisponible para los Estados parte; o bien, quedar interpretado como una actividad de los tribunales locales que tendrán que orientarse con las decisiones adoptadas por los órganos del Sistema IDH, sin que ello derive en un régimen de acatamiento absoluto.

Para Carlos Ayala Corao […]

> Los Estados partes de los tratados sobre derechos humanos como es el caso de la CADH, asumen la obligación internacional de "respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna". Estas obligaciones de respeto y garantía de los derechos reconocidos en la CADH, se complementa con la obligación internacional específica de cada Estado, de adoptar las disposiciones necesarias en su derecho interno, para que tales derechos sean efectivos. En este sentido, de conformidad con la CADH, si en el ejercicio de esos derechos no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro

[13] Corte IDH. OC-21/14, de 19 de agosto de 2014.

> carácter, los Estados partes "se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".
>
> Estas medidas necesarias para asegurar los derechos convencionales, pueden ser por tanto de diversa naturaleza, ya sean constitucionales, legislativas, reglamentarias, administrativas, electorales, judiciales o de cualquier otra, dependiendo del reparto competencial contenido en las constituciones de cada Estado. Se trata por tanto de una obligación de resultado, es decir, de "hacer efectivos tales derechos", que debe emprender el Estado de buena fe en el marco de sus compromisos internacionales ([14]).

Con esta perspectiva, la familia se debe proteger con los fundamentos del derecho internacional, aceptando que el derecho interno se aplica cuando hay un mejor estándar de protección.

3.2 El problema radica en que las Constituciones, y las leyes internas consagran la guía del principio de supremacía constitucional, de cuanto se deriva que los jueces deben resolver caso por caso; interpretar en cada uno la teoría del mejor rendimiento a los preceptos constitucionales, y en cuestiones no reguladas, regirse por los derechos implícitos y de cuanto surge del conjunto de derechos fundamentales que se incorporan cual si fuesen un bloque de constitucionalidad. En consecuencia, entre el control constitucional local y el control de convencionalidad se puede encontrar un conflicto de jerarquías y de opiniones eventualmente contrarias.

El control de convencionalidad es una forma de proyectar la obligatoriedad del Sistema IDH, pero al ser una función consecuencia de la actividad que los organismos cumplen, se plantea el dilema de aceptar cuanto ellos dicen y aplican, en toda la extensión que resuelven.

La Corte Interamericana, a sabiendas de este compromiso, ha dicho que […]

> Es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio

---

[14] Ayala Corao, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad,* Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional n° 72, Porrúa, México, 2013, ps. 104 y ss.

> carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "*control de convencionalidad*" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana[15].

3.3 La doctrina que emana del control de convencionalidad se debe diferenciar del control de constitucionalidad, porque si bien es cierto en un primer momento la Corte IDH sostiene que su actuación es una "especie" de fiscalización sobre el principio de supremacía, después debió cambiar lo afirmado en la medida que entre una y otra forma de control, hay diferencias de métodos y sistemas, tanto como los hay en orden a los derechos que se tutelan.

Una asimetría manifiesta aparece con la mención del destinatario, toda vez que el control de constitucionalidad es función judicial, mientras que el control de convencionalidad se dirige a todos los niveles del poder.

Otra disparidad se suscita en algunos sistemas de control de constitucionalidad que impiden trabajar sobre ello si no hay petición expresa de partes; mientras que el control de convencionalidad se dispone como un deber propio del oficio de cualquiera que aplique derechos humanos.

Asimismo, se da una nueva controversia cuando se verifican los efectos que tiene sostener que dicho control de interpretación lo deben hacer *todos los jueces,* conflicto que se produce en los Estados que tienen asimetrías en el respeto por las competencias constitucionales. ¿Qué pasa con el poder de intervención en cuestiones de convencionalidad donde la contradicción entre una norma local y otra proveniente de la CADH permitiría declarar la inconvencionalidad?

Inclusive, en legislaciones que afincan el control de constitucionalidad en tribunales concentrados parecería contradictorio darle a todos los jueces un poder que desde la Norma Fundamental no tienen.

---

[15] Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Ssentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Serie C N° 154, párr. 124; Corte IDH, Caso *Gelman vs. Uruguay* Supervisión de cumplimiento de sentencia; considerando 66.

3.4 Es evidente así, que la oscilación o alternancia en seguir la interpretación de la CADH por los órganos encargados por el Sistema para cumplir esa misión, pone en juego la eficacia de la protección general a los derechos humanos.

Claro está que la afirmación no significa creer en la infalibilidad de la Corte, ni sostener que ella tiene una injerencia directa en el derecho interno. Pero, al mismo tiempo, no confiar en un mecanismo al que se llega voluntariamente, supone obrar en contra de los propios actos, constituyendo para el Estado una acción que se expone en abierta contradicción con la confianza que en otros despierta con su actitud de incorporarse a una supremacía que, en el caso, proviene de la propia Convención.

La doctrina promueve una inteligencia depuradora de conceptos, tanto como la unificación de criterios en orden a como leer y aplicar los Tratados y Convenciones que, en conjunto, constituyen el derecho internacional de los derechos humanos. Es cierto que hay dificultades, pero también lo es que no se puede actuar conforme estándares de conveniencia o acomodados a intereses particulares. De hacerlo, se estaría violando el principio fundamental de igualdad.

De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para estos determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos

> Por otro lado, en la opinión consultiva OC-21/14 sobre los derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, la Corte IDH precisó que los diversos órganos del Estado deben realizar el control de convencionalidad sobre la base de lo que ella señale "en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, 'la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos'".
>
> A mayor abundamiento, se explica que […] "a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.l) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de

manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos" y, así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos[16].

4. La protección legal. Los casos de Panamá y Argentina

4.1 Lo expuesto en los párrafos anteriores se verifica con total claridad cuando se confrontan modelos constitucionales y legales que regulan la protección de la familia. Argentina es un país federal, que tiene veintitrés (23) provincias y un estado autónomo de similar naturaleza que se conoce como Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde reside la Capital Federal. Cada provincia tiene su propia Constitución, y leyes propias. Solo rigen para todos, el Código Penal y el Código Civil y Comercial, conservando cada provincia el derecho a tener sus propias leyes procesales. Por eso, en una o varias de ellas, puede la familia quedar regulado por: a) normas constitucionales; b) leyes propias; c) códigos del niño; d) códigos procesales, sin perjuicio de otras leyes especiales.

En cambio Panamá es un Estado unitario, republicano, democrático y representativo (art. 1º primero Constitucion). Ser unitario difiere del federalismo argentino, de modo que las leyes y reglamentos son para todo el país. Los poderes de autoridad geográfica son delegación administrativa del Estado central sin ninguna potestad para cambiar las normas de fondo. Por tanto, la familia se encuentra regulada por: a) La Constitución Política (arts. 52 y ss.); b) Leyes como las del Código del menor y la familia; c) Disposiciones de organismos administrativos; d) Justicia especializada.

4.2 Pongamos un ejemplo práctico para entender las razones de esta comparación. Un mismo caso se resuelve en forma diferente en Argentina respecto a Panamá. Si un menor de edad (supongamos 16 años) quisiera hacerse un pearcing (perforación) o un tatuaje, en Argentina bastaria con no poner en riesgo su vida para hacerlo sin autorización de los padres; en Panamá, y otros países latinoamericanos, se autoriza a partir de los dieciocho (18) años sin ningún permiso requerido.

Si ese acto de disposición con autonomía, basado en la capacidad de comprender los efectos del acto, y en haberse verificado el desarrollo progresivo (capacidad) del

---

[16] Cfr. *Manual autoformativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de Justicia*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2015, ps. 56 y ss.

menor, genera daños no previstos, en Argentina el niño puede demandar por sí mismo (art. 26 del Código Civil y Comercial); en Panamá, deberían hacerlo los padres.

Pero, por encima de estas interpretaciones locales, puede estar el control de convencionalidad y desde allí deducir otros estándares.

4.3 Por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostiene que estos conflictos de niñas, niños y adolescentes se rige por el *corpus juris* en materia de niñez, refiriéndose al reconocimiento de la existencia de un conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos de aquellos. En este aspecto señala que […]

> Para interpretar las obligaciones del Estado en relación con los menores, además de las disposiciones de la Convención Americana, la Comisión considera importante acudir, por referencia, a otros instrumentos internacionales que contienen normas más específicas con respecto a la protección de la niñez, entre las cuales cabría citar la Convención sobre los Derechos del Niño, y las diversas Declaraciones de las Naciones Unidas sobre el tema. Esta integración del sistema regional con el sistema universal de los derechos humanos, a los efectos de interpretar la Convención, encuentra su fundamento en el artículo 29 de la Convención Americana y en la práctica reiterada de la Corte y de la Comisión en esta materia[17].
>
> La Corte ha subrayado que el *corpus juris* sirve para fijar el contenido y los alcances del artículo 19 de la Convención Americana y es el resultado de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos en materia de niñez que tiene como eje el reconocimiento de los niños como sujetos de derechos. Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana[18].

En consecuencia, el marco jurídico de protección de los derechos humanos de los niños no se limita a la disposición del artículo 19 de la Convención Americana o a la del artículo VII de la Declaración Americana, sino que incluye para fines de interpretación,

---

[17] CIDH, Informe Nº 41/99, Caso 11.491, Admisibilidad y Fondo, Menores detenidos, Honduras, 10 de marzo de 1999, párr. 72.

[18] Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.* Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A Nº 17, párrs. 37 y 53; y *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999 (Fondo), Serie C Nº 63, párr. 194

entre otras, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores o "Reglas de Beijing", las Reglas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad o "Reglas de Tokio", las Reglas para la protección de menores privados de la libertad o "Reglas de La Habana", o también, las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil o "Directrices de Riad", además de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de alcance general.

4.4 Esta transformación del marco normativo no supone alterar la soberanía legal de cada Estado, sino de poner en primer plano uno o varios estándares que surgen de la interpretación conforme.

De este modo se pueden encontrar variaciones trascendentes, como aquella definición de Portalis para el Código Civil francés de inicios del siglo XIX cuando sostenía que […]: "*La presunción de paternidad está fundada en la obligación de presumir la inocencia de la mujer y no su conducta delictual*"[19]. Hoy, en cambio, explica con claridad meridiana Aída Kemelmajer de Carlucci […] "la presunción no debe fundarse en que la mujer cumple el deber de fidelidad y no tiene relaciones con terceros. Desde el punto de vista constitucional, esa presunción cumple con el objetivo de que todo niño nacido dentro del matrimonio (heterosexual u homosexual) tenga doble vínculo filial y esté inmediatamente inscripto con esa doble filiación en respeto a su derecho a la identidad (arts. 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño)"[20].

El cambio de interpretación explica en igual dimensión a los principios procesales del proceso de familia, con una sola advertencia antes de comenzar a explicar cada uno de ellos.

5. La formulación de los principios procesales

5.1 La advertencia anticipada está en que no se encontrará en el *Corpus Juris Interamericano* más que insinuaciones a estándares que requieren de recepción en el

---

[19] Portalis, cit. por Bertrand-Mirkovic, Aude, "*La femme dans le code civil de 1804*", en Chabot, Jean L. et autres (eds.), *Le code civil et les droits de l'homme*, Paris, ed. L'Harmattan, 2005, p. 187

[20] Kemelmajer de Carlucci, Aida, *Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014*, Revista Jurídica La Ley del 8 de octubre de 2014, ps. 1 y ss..

derecho interno, siempre que ellas puedan aplicarse sin distorsionar la Constitución local, y aun cuando lo hiciera, queda sobre puesto el deber de armonización interna con el control de convencionalidad.

Esta faceta nueva tiene explicaciones teóricas, como las que hemos formulado antes de ahora, al decir que […]

> Los derechos humanos se vinculan íntimamente con los derechos constitucionales y con el derecho procesal. En efecto, tanto los derechos constitucionales clásicamente dispuestos en dos órdenes bien repartidos entre los que pertenecen a la sociedad como "garantías", y los que hacen a la estructura política del Estado; como los derechos procesales, orientados a dar efectiva tutela o protección a los derechos en crisis, encontraron en los derechos humanos un espejo donde podían reflejar simetrías. Cuando las figuras se mostraban diferentes, algo estaba fallando. O el orden interno consagraba bajo la figura de la supremacía constitucional, derechos y garantías que consideraba justos, pero en realidad estaban alejados del espíritu superior que ponderan los derechos igualmente captables "para todos"; o bien, en su caso, el proceso constituía una representación esquiva con los requerimientos de un nuevo orden social[21].

En la hora actual, se ha determinado que garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para "remover" los obstáculos que puedan existir para que los individuos disfruten de los derechos que la CADH reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye un incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1.1 del propio Pacto de San José[22].

5.2 El *principio pro homine* es guía y rector en la interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Con el mismo se da preferencia a la mejor aplicación y alcance de un derecho que tenga como sujeto al ser humano, por lo cual, es inaceptable que puedan tomarse de los textos de la convención y de cualquier otro tratado sobre derechos humanos, una lectura contraria a este principio.

---

[21] Gozaíni, Osvaldo A., *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos. Vínculos y autonomías,* Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), México, 1995, ps. 18 y ss.

[22] Corte IDH. *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos* (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, CADH). Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Serie A, N° 11, párr. 34.

Como todo parámetro es un indicador que orienta hacia el mejor camino, sin que ello signifique obligar a una lectura totalmente espejada en el modelo. Sin embargo, fácil es concluir que, si la predilección es por el uso del derecho interno, lo que vale es el resultado que produce. En este sentido, si el derecho sufre reducciones, carece de validez y no puede producir efectos jurídicos. Sin embargo, un Estado puede desarrollar una interpretación de los derechos humanos, originados en una fuente del derecho internacional, utilizando para ello su derecho interno, si el resultado de tal interpretación conduce a una opción mejor.

> El principio *pro homine* es una expresión del artículo 29, inciso b) de la CADH, de acuerdo con el cual ninguna disposición convencional puede ser interpretada en el sentido de: "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes, o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados". Resulta así que las normas establecidas en las convenciones de derechos humanos suponen estándares mínimos, susceptibles de ser ampliados por otras convenciones o bien por la legislación interna.

Aquí el principio tiene dos facetas que no se contradicen. Permite actuar con activismo ampliando la gama de derechos protegidos, o proclamar algunas restricciones cuando se trata de limitar o suspender el ejercicio del estándar (v.gr.: en caso de suspensión o emergencia el sujeto no pierde la posibilidad de tener acceso a dos procesos constitucionales básicos: amparo y habeas corpus).

5.3 Los *principios de universalidad, interdependencia, complementariedad*, e *irrenunciabilidad* caracterizan la integración al principio anterior. La *universalidad* es propia y de esencia, y por ello en la redacción de garantías y derechos el estándar es la no discriminación, en la medida que son todas las personas los titulares de los derechos, sin distinción de edad, sexo, raza, idioma, nacionalidad, religión, condición económica o social, ideas políticas, preferencia sexual, impedimento físico, enfermedad o cualquier otra condición.

Inclusive, en la universalidad se justifica actuar sin margen de apreciación (es decir, sin diferenciar entre idiosincrasias), sin que tenga esta característica impacto en la diversidad cultural. Por el contrario, siendo el derecho a la cultura un derecho humano, el principio de universalidad lleva implícito su respeto por todas las civilizaciones, lo que no impide el rechazo a aquellas prácticas que sean violatorias de derechos humanos.

Todos son beneficiarios, y en la aplicación periódica es posible hacerlos *interdependientes* cuando con el derecho interno se consigue un mejor ejercicio de efectividad. De allí la complementariedad con otras fuentes, lo que se suele llamar diálogo o comunidad de intérpretes.

No obstante, no hay derechos absolutos, si no hay respeto por el otro. El Estado puede reglamentar siempre dentro de ciertos límites y de acuerdo a los estándares internacionalmente aceptados.

5.4 También son derechos irrenunciables, inalienables e intransferibles. La *irrenunciabilidad* es propia del contenido esencial que se garantiza, de manera que no sería posible, siquiera, establecer un test de constitucionalidad sobre jerarquía de los derechos.

Que sean *interdependientes* es natural de un derecho polisémico, donde no solo las reglas del proceso justo, equitativo e imparcial se establecen como preferentes, sin que sea una atribución diferenciada o exclusiva para categorías de sujetos como las mujeres, los ancianos o los menores de edad.

Indivisibles son como todos los derechos humanos. Es una característica implícita en la concepción integral de los derechos, en los que no opera ninguna forma de jerarquía ni sus violaciones o consecuencias pueden tratarse aisladamente de otras en las que no se haya actuado en forma directa. Si la integridad se rompe, se afecta la persona como un todo y no solo una parte de ella.

La indivisibilidad significa que todos los derechos humanos están unidos por un mismo cuerpo de principios y que todos están situados a un mismo nivel. No hay derechos humanos más importantes que otros. A su vez, la interdependencia significa que todas las garantías están conectadas. No puede afectarse un derecho sin afligir otros.

Y finalmente, son *intransigibles* porque resultan innegociables.

En conjunto son más garantías que principios y en armonía propician un mínimo de obligaciones jurisdiccionales y de otro carácter (legislativo y administrativo) que tienden a elaborar un sistema destinado al pleno ejercicio de los derechos.

> Las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye,

> además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho del hombre.
>
> A este respecto, conviene recordar que la Corte señaló en la Opinión Consultiva acerca del *Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* cuando abordó esta materia desde una perspectiva general, que […] para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.

6. Los principios del proceso de familia

6.1 La construcción de principios procesales para los conflictos de familia no surge expresamente de tratados o convenciones. Apenas en la CADH se encuentran orientaciones para un "debido proceso" (arts. 8 y 25) y otras más en convenciones como las del niño y la mujer, donde queda enfatizado el derecho de acceso a la justicia, abarcando el derecho a ser oìdo, a ser protagonistas en la defensa de sus derechos, a influir con su perspectiva en la decisión judicial, y a conseguir una protección especial sobre los intereses superiores que se resuelven, sin que ello sea fuente de parcialidad jurisdiccional.

En la gestación aparecen los mismos problemas de definición que tienen las fómulas generales (v.gr.: buen padre de familia; orden público; entre otras) que, de por sí, resultan vagas e imprecisas sin dar conceptos claros, muchas veces sujetos a la interpretación abierta del operador judicial.

Es cierto que marcan un camino, pero en éste se encuentran muchos senderos que, sin variar el punto de llegada, pueden elegir vías alternativas dando cierta flexibilidad al principio demarcado.

6.2 Como hemos visto, el derecho internacional de los derechos humanos pone en la familia el centro de vida social, pero no adjetiva más que con la prédica. Se deja en la

ley interna la tutela concreta, haciendo abstracción de los hechos, sistematizando las acciones y aportando una guía de reglas, principios y valores. A las Constituciones se las observa como el faro que ilumina el camino, al tiempo que crea el sentido de los deberes. Por eso tienen más elasticidad y admiten creaciones flexibles donde la supremacía de los intereses admiten adaptaciones al tiempo y las circunstancias, aunque se sepa de ante mano que ello será para situaciones de excepción.

De este modo, los códigos procesales limitan absolutamente el rol del juez en el proceso, elevando por encima de todos los demás principios, al dispositivo según el cual, el proceso es cosa de partes y sólo éstas tienen interés en el desarrollo y solución del conflicto. Son los litigantes quienes deben respetar las consignas del procedimiento que, para ser debido, debía estar emplazado entre partes, en igualdad de condiciones y trato, reconociendo en el juez el equilibrio de la balanza en esa lucha entre fuerzas opuestas.

Con la aparición de los derechos humanos, el derecho a tener jueces, a ser oído, y a tener un proceso con todas las garantías, fomentó una evolución notable que, en materia de familia, fue dando un color especial a principios y presupuestos que se comenzaron a diferenciar de aquellos contemplados por la teoría del proceso.

A partir de esta concepción, el proceso como herramienta al servicio de los derechos sustanciales pierde consistencia: no se le asigna un fin por sí mismo, sino para realizar el derecho que viene a consolidar. No se trata de abandonar la totalidad de los principios, sino de algunos que comienzan a interrogar […]

¿Son los mismos principios pero interpretados de manera diferente?

¿Son principios desiguales que mantienen el nombre de los tradicionales?

¿Impactan estos principios en la función dirimente del juez de familia?

6.3 Nos referimos así a *principios destinados al Estado*:

a) Acceso a la justicia

b) Educación especial para los nuevos derechos de las familias

c) Capacitación de jueces y abogados

d) Creación de instituciones acordes con las finalidades que se persiguen afianzar con eficacia y prontitud (v.gr.: abogado del niño; oficinas para la defensa de la mujer en situaciones de violencia y peligro, etc.)

e) Eliminación de todos los obstáculos que alteren el acceso a la justicia (v.gr.: cumplir con las Reglas de Brasilia).

6.4 El principio de *especialización* exige que los *jueces* tengan:

a) Preparación anterior a la intervención jurisdiccional

b) Capacitación académica y profesional

c) Formación del equipo multidisciplinario de apoyos y colaboración para la adecuada gestión del conflicto.

Con los *abogados* la especialización significa:

a) Capacitación académica y profesional
b) Institucionalización o formación para la defensa técnica especializada
c) Interactuar con otros organismos (v.gr.: Ministerio Público, Abogado del Niño; Defensor Público; etc.)

6.5 En cuanto a los *principios procesales,* se impulsa la creación o reinterpretación de los siguientes:

a) Dispositivo
b) Oralidad e inmediación
c) Secreto y privacidad
d) Oficiosidad en la dirección, impulso e iniciativa probatoria
e) Buena fe en y con el proceso
f) Derecho a la verdad
g) Colaboración con variaciones en la carga probatoria
h) Plazo razonable

CAPÍTULO III

LA INTERPRETACIÓN DE LOS PRINCIPIOS PROCESALES

1. Principios generales

1.1 Las novedades que trae el derecho internacional promoviendo principios procesales que, prima facie, se distancian de la teoría general del proceso, obliga a considerar su aplicación en el escenario de los procesos de familia. Se trata de ver si cada uno es impermeable a contingencias externas que pueden alterar su modelo, o si tienen la posibilidad de aplicarse con cambios sin modificar su esencia. En su caso, el problema será encontrar el límite de la innovación y quien lo puede autorizar.

Lo que queremos exponer es lo siguiente: Si los principios procesales de la dogmática sostienen, entre algunos, al dispositivo, de congruencia, de economía, de la cosa juzgada, etc., todos ellos tienen un alcance teórico definido, pero ¿se pueden modificar o alterar en los procesos de familia?, y en su caso ¿son los mismos principios o componen una nueva categoria?

1.2 En el devenir de la cuestión es ineludible recordar que el origen de los principios procesales surge como una forma de limitar el abuso de la autoridad, de manera que más allá de la influencia que se le reconoce a la tradición romana sobre las instituciones procesales, la consagración normativa es producto del positivismo.

Desde las leyes aparecieron las primeras consignas que antes eran "poco más que un arte de secretarios"[23]; ellas afinaron los presupuestos para cumplir con las formas del procedimiento y sirvieron de fuentes para las reformas procesales que se suscitaron a fines del siglo XIX y en el curso del siguiente. Por aquella época, en pleno auge del constitucionalismo, los principios se trasladaron a las Normas Fundamentales.

---

[23] Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil,* Volumen I, trad. Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1986, p. 85.

El positivismo que caracterizó toda esta etapa impuso la necesidad del juicio previo a la condena (*nulla poena sine iuditio*), el derecho a ser oído (defensa en juicio), la presunción de inocencia, la inviolabilidad del domicilio y los papeles privados, etc.

La *ley* se convirtió en un mito de soluciones "de una vez y para siempre", pensando en su razón eterna (fruto de la actividad racional), de modo que la emisión del mandato era un imperativo que no admitía modificaciones. El juez debía ser la boca de la ley; no estaba en su arbitrio la posibilidad de cuestionar los alcances pues no era esa su función. Además, el famoso prolegómeno de la legalidad democrática ponía un manto de duda sobre la autorización a que ejerciera alguna actividad discrecional.

> Existe una impronta voluntarista del legislador que quiere imprimir su sello en todas las cualidades que modela para los actos jurídicos, por eso, era común a fines del siglo XVIII oír que la ley debía ser única, pública y sencilla, precisa y clara, abstracta y general, garante de la libertad y, sobre todo, expresión de la voluntad esclarecida del príncipe o de la soberana del pueblo que constituye el instrumento de la razón ilustrada para alcanzar la justicia y la felicidad de las sociedades[24].

Inclusive la famosa expresión de Voltaire: "la libertad consiste en depender tan solo de las leyes"[25] explicó la trascendencia de la norma en estos tiempos y la uniformidad que de ellas se desprendió. Esa confianza propia de la positivización del pensamiento se llevó a los códigos, que también portaron la tradición de las costumbres y de las reglas.

1.3 Poco tiempo después, alguna de esas normas dispuestas se entronizaron en las Constituciones. Es la época de la constitucionalización que promueve un espacio de derechos y garantías que se consideran inalterables e inmodificables.

> Paulatinamente, dice Prieto Sanchís, […] "aquella armonía en apariencia perfecta entre razón y voluntad, entre ciencia y política, con que se inauguraba la experiencia legislativa del Estado liberal fue basculando a favor del segundo de los elementos anunciados. Desde luego, se seguirá postulando el respeto a la ley, pero ya no se apela tanto a la racionalidad de su contenido cuanto a la autoridad de su origen , el poder político estatal o el espíritu popular, que en todo caso se resiste a cualquier intento de comprensión científica"[26].

---

[24] Cfr. Prieto Sanchís, Luís, *Ley, Principios, Derechos*, Cuadernos "Bartolomé de las Casas" (Instituto de Derechos Humanos. Universidad Carlos III de Madrid), Dykinson, Madrid, 1998, p. 15.

[25] Voltaire (Francois Marie Arouet), *Pensamientos sobre la Administración Pública*, en "Opúsculos satíricos y filosóficos", Alfaguara, Madrid, 1978, p. 194.

[26] Prieto Sanchís, ob. cit., p. 17.

Las leyes y los códigos que se ocuparon de algunos principios procesales sirvieron de fuente para que las Constituciones siguieran sus preceptos y los fijara definitivamente en la letra de sus textos, esta vez dándoles la condición de "garantías". Otros principios llegaron de algunas reglas, tal como sucedió con el ritual del derecho romano[27] que tanto influyó en el diseño de los procedimientos.

Se convierten, entonces, en una suerte de "cláusulas generales" o "principios programáticos" que se instalan en el patrimonio de las Cartas Magnas de cada nación, donde la soberanía de los pueblos no aparece desinteresada al impactar en ellas con sus usos y costumbres. La ley pierde consistencia ante la Constitución. Se desacredita y admite ser interpretada. De alguna manera, surge con este primer fenómeno uno de los pesos relevantes de cuanto queremos mostrar.

Vale decir, la ley queda como producto del poder constituyente y de la iniciativa de la administración política. Se transforma en reglamentaria de la orientación que señalan las constituciones.

1.4 Las garantías se imprimen inclaudicables y permanentes; las leyes de procedimiento son guías a seguir, pero pueden ser descifradas por los jueces quienes pueden actuar, inclusive, *contra legem.*

El texto normativo mayor de un Estado funda el poder y lo limita. Establece deberes, derechos y garantías que definen y caracterizan una clase de organización política, y al mismo tiempo impone el principio de la supremacía constitucional.

> El Estado constitucional suple al Estado de derecho, o como dice Alexy, […] "en el constitucionalismo contemporáneo hay más principios que reglas; más ponderación que subsunción; más jueces que legislador; y más Constitución que Ley"[28] [29].

---

[27] La regla, usada preferentemente por los postglosadores, se expresaba en forma de brocárdico, y era básica para el uso de la retórica. No es solo un destilado de conocimiento antiguo, sino que se transforma en una verdadera norma aplicable para resolver casos en los que la *ratio* es similar (Lorenzetti, ob. cit., p. 143).

[28] Alexy, Robert, *El concepto y la validez del Derecho*, trad. de J. M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994, p. 160.

[29] Apunta Prieto Sanchís que, más principios (constitucionales) que reglas (legales) no significa que la solución de los conflictos jurídicos pueda ser encomendada en exclusiva a las directivas que emanan de los genéricos principios fundamentales, sino que éstos han de ser tomados en consideración u que han de serlo, en primer lugar, para someter a juicio previo la propia validez de las leyes relevantes en el caso. Más ponderación que subsunción tampoco significa que ésta deje de ser operativa, sino que en todo caso la aplicación de principios se acomoda a un esquema particular que llamamos ponderación

La interpretación le dio protagonismo a la actuación de los jueces, y en orden a los principios procesales significó facilitar cierta permeabilidad que eludió la rigidez de sus preceptos.

La supremacía de la Norma Fundamental permitió trabajar con normas de diferente registro, donde, por ejemplo, el derecho a la sentencia fundada en ley podía suplirse con la motivación suficiente. Es decir, la sustitución de la ley por la razón, lo objetivo por lo razonable.

1.5 No pasó mucho tiempo para que el juicio de ponderación construyera nuevas "reglas" (v.gr.: el debate litigioso en base a la lealtad, probidad y buena fe de las partes), las que regresaron el circuito a las leyes que las establecieron, y a las garantías que se fijaron.

Los *principios* surgen de las leyes, es cierto, lo cual significa que sirven o deben servir para delinear los presupuestos políticos de un ordenamiento procesal; a su vez, las *leyes* son producto de su tiempo, por lo que no pueden permanecer invariables evitando la modernización o la justa transformación. Por su parte, las *reglas* son cerradas e inmodificables porque indican como se juega a tal cosa, mientras que los principios son abiertos porque dependen de muchos imponderables (v.gr.: principio de congruencia).

2. La transformación de los principios

2.1 Cuando se exponen los principios generales de un proceso cualquiera, cada uno de ellos se puede vincular con una regla constitucional. No se trata de señalar que todos los principios son garantías, ni que todas las garantías sean reglas inalterables, sino de analizar su operatividad y aplicación específica.

Como punto de partida debemos estudiar si las "garantías" son inmutables; si los "principios" son invariables, y si las "reglas" admiten alteraciones.

---

donde dos criterios en conflicto (v.gr., la libertad de expresión y el derecho al honor…) no se anulan ni excluyen con carácter general, sino que han de buscar su peso relativo en cada caso mediante un juicio de razonabilidad o de balance entre argumentos y razones. Más jueces que legislador no representa un llamamiento a prescindir de la tarea legislativa, que sigue siendo fundamental, sino una invitación al control de la misma por parte de quienes únicamente pueden hacerlo, que son los jueces. Y finalmente, como se comprenderá, más Constitución que ley no significa que la primera convierta en superflua a la segunda, sino sólo que esta última carece de autonomía porque siempre habrá de rendir cuentas ante la instancia superior de la Constitución" (ob. cit., ps. 35/36).

En el marco de la evolución señalada, el tiempo del positivismo a ultranza evitó cualquier apartamiento de las normas; con la constitucionalización se privilegió el rigor de los principios, pero se permitió la interpretación en el caso concreto, dando lugar al juicio de ponderación[30].

El juez pasó a ser el legislador del caso concreto, y su actividad dio lugar a una jurisprudencia creadora que impactó en las instituciones del proceso. El principio de preclusión, por ejemplo, quedó revertido para ser resuelto con justicia a pesar del rigor de su emplazamiento formal[31]; lo mismo sucedió con la aplicación concreta de otros principios como el de perentoriedad de los plazos, donde también se sigue la línea de

---

[30] El triunfo de la ponderación sobre la subsunción conduce a la preeminencia del juez. Primero, porque en sentido estricto la ponderación es algo que puede hacer el juez pero no el legislador: la ley contempla casos genéricos y no casos concretos, pudiendo establecer reglas favorables a uno u otro de los principios en eventual conflicto, pero sin desvirtuar *a priori* ninguno, pues ello equivaldría a la violación de la Constitución; de manera que el legislador podrá orientar la ponderación del juez, pero, aunque quiera, por su propia posición carece de facultades para sustituirle en esa labor, determinando la decisión que proceda a la vista del juego conjunto de los preceptos constitucionales y de las circunstancias del caso (dado que precisamente no puede tener esa "visión") (cfr. Prieto Sanchís, ob. cit., p. 41).

[31] La Corte nacional argentina debía resolver en el llamado "Caso Colalillo" si, a la fecha del accidente, la demandada carecía o no del registro habilitante correspondiente, a cuyo fin se había ofrecido como prueba las constancias del acta policial labrada en la ocasión del accidente, de las que surgía que en el momento del hecho el conductor "carecía de registro". El accionante, a su vez, solicitó que se librara oficio al Intendente municipal de la ciudad de Buenos Aires a fin de que informara si en los registros de la municipalidad, Dirección General de tránsito de la misma, figuraba extendida la habilitación para la conducción de vehículos automóviles a nombre de la persona que realmente conducía el vehículo del actor en el momento del accidente. Reiterado el oficio por falta de contestación del primero, la Dirección de Tránsito manifestó que había demorado la contestación treinta y siete días con motivo de la búsqueda realizada en los registros respectivos y que no le era posible informar porque "los padrones y ficheros de conductores habilitados se llevan por el número de la respectiva licencia y no por el nombre y apellido de sus titulares".

La sentencia de primera instancia, haciendo mérito fundamental de que el accionante no había probado que el conductor tenía registro habilitante en el momento del accidente, desestimó la demanda. Fallo que la Alzada confirmó.

Al llegar por recurso extraordinario al Alto Tribunal de la nación se dijo: […] "Que el caso presenta ciertamente características singulares. Y es propia de tales situaciones la obligación de los jueces de ponderar con mayor rigor la aplicación de los principios jurídicos pertinentes, a fin de no incurrir con daño para la justicia, en una aplicación sólo mecánica de esos principios" […] "El proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales. No se trata ciertamente del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, que es su norte. Que concordantemente con ello la ley procesal vigente dispone que los jueces tendrán, en cualquier estado del juicio, la facultad de disponer las medidas necesarias para esclarecer los hechos debatidos. Y tal facultad no puede ser renunciada, en circunstancias en que su eficacia para la determinación de la verdad sea indudable. En caso contrario la sentencia no sería aplicación de la ley a los hechos del caso, sino precisamente la frustración ritual de la aplicación de la ley a los hechos del caso, sino precisamente la frustración ritual de la aplicación del derecho" […] "Que en el caso de autos, la sentencia que rechaza la demanda omite toda consideración del documento oficial agregado a fs. 66, por razón de la oportunidad de su incorporación al juicio. Y aún cuando la solución del pleito puede depender de la existencia y autenticidad de la licencia en cuestión, el fallo se limita a comprobar la extemporaneidad de su presentación".

excepción que señalamos; o cuando se interpreta el principio de eventualidad en orden a la conducta procesal desenvuelta[32].

En suma, el activismo judicial genera una jurisprudencia innovadora que, en algunos casos, no está bien vista al ser de algún modo, reaccionaria y contrapuesta con las reglas previstas. En cambio, otros alientan y elogian esa actitud que evita el estancamiento y pone al día los principios con la justicia del caso.

2.2 Quizás la raíz de la polémica asiente en la seguridad que proviene de las garantías, los principios y las reglas, pues hay en ellas demasiadas zonas de penumbra como para trabajar con la claridad que prometen. De suyo, el protagonismo judicial tampoco resuelve la falta de certeza, pero le da otro significado y sentido a los elementos con los que trabaja.

Ahora bien, esa maleabilidad de los instrumentos ¿le permite al juez alterar las garantías? ¿puede afectar los principios? En su caso ¿podrá cambiar las reglas del juego?.

La respuesta probablemente tenga la misma dosis de inseguridad que tiene el planteo, pero en tren de afirmaciones, es preciso diferenciar cada situación.

En efecto, las *garantías* son reaseguros que no se pueden negar ni limitar. No se consiguen si hay insuficiencia o se cercena el empleo. Pueden ser muchas (las garantías) o una sola, como es el caso del proceso judicial (el proceso como única garantía). Cuando son diversas se confunden o entroncan con los *principios*, que algunos llaman "garantías constitucionales del derecho procesal"[33]; si se singularizan se aplican como procesos específicos (amparo, hábeas corpus, hábeas data, o simplemente, procesos constitucionales) destinados a dar supremacía a la Norma Fundamental; pero si están referidos a *reglas* no se pueden transformar ni alterar (v.gr.: independencia judicial; imparcialidad de los jueces; sentencia fundada; plazo razonable; etc.).

---

[32] Aun cuando cupiera algún reproche en orden al deber de lealtad, probidad y buena fe, por estimarse abusivo el concreto ejercicio de la facultad procesal de negar los hechos afirmados en la demanda (en el caso, se negó que el actor hubiera ascendido al colectivo y obtenido el boleto), tales desconocimientos quedan obviamente sometidos a la prueba que se produzca. Siendo ello así, atento el principio de eventualidad no puede entenderse que a raíz de esas negaciones fuera improbable la excepción de prescripción, identificando el precepto aplicable según la calificación jurídica correspondiente a los hechos invocados en la demanda (CNCiv., Sala C, 08/10/1991, "*Pérez Filimón y otra c. Dadona, Donato y otro*", DJ, 1992-1-1077). Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Temeridad y malicia en el proceso*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2002.

[33] Díaz, Clemente A., *Instituciones de derecho procesal, parte general*, cit., p. 213.

En pocas palabras, las garantías son las piezas necesarias para que exista el debido proceso; si desaparecen o menguan, no hay debido proceso. Por ende, se trata de partes indispensables de un conjunto; cada una es indispensable para que éste exista y subsista[34].

2.3 De su lado, los *principios procesales* constituyen una suerte de máximas inquebrantables que se dan para ordenar el desarrollo de un litigio, por eso, la variedad de procedimientos permite formular reglas particulares. No se quiere afirmar que los principios sean distintos por los intereses a desentrañar, sino que las estructuras procesales admiten modificar la reglamentación puntual del proceso para darle una eficacia mayor a la que tendría de aplicar un patrón común.

Por ejemplo, si la actividad principal de los procesos constitucionales es fiscalizar la ejecución de los mandamientos fundamentales, el conflicto principal está en la norma a interpretar antes que en la controversia entre partes. La función judicial es diferente (como lo es, también, el sistema donde tenga funcionalidad, porque las posibilidades de los jueces constitucionales del modelo difuso son distintas de los tribunales constitucionales) y se adapta al estándar de aplicación[35].

En definitiva, los principios procesales informan todas las instancias, hasta alcanzar la sentencia definitiva. No son reglas del debido proceso porque forman parte de él, sino aplicaciones necesarias y precisas que se han de cumplir en las etapas secuenciales de los trámites para que ellos tengan validez. Evidentemente, así presentados, estos principios constituyen presupuestos políticos y en esa dimensión han de interpretarse[36].

---

[34] Ver el meditado voto de Sergio García Ramírez en la O/C 16/1999 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre "*El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*".

[35] Sostiene Couture que la enumeración de los principios que rigen el proceso no puede realizarse de forma taxativa, porque los principios procesales surgen naturalmente de la ordenación, muchas veces impensada e imprevisible, de las disposiciones de la ley. Pero la repetición obstinada de una solución puede brindar al intérprete la posibilidad de extraer de ella un principio. En otras oportunidades, es el propio legislador el que cree necesario exponer los principios que dominan la estructura de su obra, para facilitar al intérprete la ordenación adecuada de las soluciones (Couture, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 312).

[36] Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Introducción al derecho procesal constitucional*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2006, p. 256.

2.4 Finalmente, las *reglas*. Estas trabajan con los sistemas procesales y se adaptan al modelo o diseño pensado para los procedimientos. Si queda establecida la expresión escrita en lugar de la oralidad, habrá que cumplir con ella por el principio de legalidad formal; si impera un orden secuencial para el aporte de los hechos en la causa, el ofrecimiento de prueba, la producción de la misma, también se deben respetar esas consignas, sencillamente porque esas son las pautas del trámite.

El quid de las reglas está en asumir si ellas se pueden acordar por las partes (como en el procedimiento arbitral), o solamente provenir de las normas que las establezcan.

> Pero, como dice Díaz, […] "el problema podría invertirse en tanto se establezca que cualquiera sea su origen las formas procesales deben ser un medio para *conseguir la certeza del derecho*; y este predicado impone: *fijeza de las formas* que tiendan a hacerlas claras e indiscutibles, sin implicar rigidez formalística; *adaptabilidad de las formas*, para conseguir las finalidades propuestas; *simplicidad de las formas* para evitar el fárrago y la confusión; y finalmente, *rigor formal,* en un sentido teleológico-trascendente, para sancionar el incumplimiento de aquellas cuya violación lesione fundamentalmente el principio de la audiencia: *audiatur et altera pars"*[37].

3. Efectos del incumplimiento de garantías, principios y reglas

3.1 Cuando una *garantía* deja de aplicarse en el proceso judicial, existe un vicio que lo nulifica por inconstitucionalidad del acto. Si la transgresión es de algún *principio*, la nulidad es la consecuencia, pudiendo agregar una multa como sanción (v.gr.: temeridad y malicia en el proceso); mientras que el incumplimiento de las *reglas* provoca solamente anulación a instancia de parte interesada.

En todas ellas hay un punto de reunión que está en el tiempo de resolver. Allí la interpretación del vicio se debe colegir en su plenitud, midiendo el perjuicio al debido proceso.

Presentado el marco de ponderación, en los hechos la nulidad solamente procede si el vicio es trascendente (cuanto mayor sea su expresión, más serán las posibilidades de anulación; inclusive pueden llevar a que se resuelva sin sustanciación o de oficio); y la parte que requiere la invalidación demuestre consistentemente el perjuicio sufrido[38].

---

[37] Díaz, *Instituciones de derecho procesal, parte general*, cit., p. 225.

[38] Gozaíni, Osvaldo A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2006 (2ª ed.), comentarios al art. 172 (ps. 515 y ss.).

Por eso, la iniciativa para declarar la nulidad de los actos procesales no sólo puede partir de la parte perjudicada, sino también del propio órgano jurisdiccional, salvo que el vicio esté expresa o tácitamente consentido por los interesados, pues la facultad de declarar de oficio la nulidad encuentra una valla insuperable en el principio de convalidación.

3.2 Esto es consecuencia de la máxima que pretende evitar la nulidad por la nulidad misma, es decir, que la simple irregularidad no contamine todo el proceso ni evite la validez de los actos cumplidos.

Claro está que, cuando se formulan garantías la esperanza es que se apliquen de inmediato y sn cortapisas. Cualquier resistencia o inaplicación conduce a una inconstitucionalidad. Cuando los principios son los que se desvían de la orientación propuesta, suelen darse ciertos permisos a la anulación absoluta estableciendo un estándar en el riesgo creado (v.gr.: no hay nulidad sin perjuicio evidente); mientras que las reglas o su alteración, producen desigualdad, dando espacio al conflicto de interpretación sobre la eficacia o su invalidez.

4. Diferencias en la interpretación

4.1 La trascendencia, a los fines del vicio que define la nulidad (procesal o constitucional), es diferente entre las *garantías*, los *principios* y las *reglas*. Hay una distancia considerable en la calidad de los valores a tutelar que, en los hechos, impacta en términos metodológicos y estructurales[39].

Asimismo se ha explicado que […]

---

[39] En el análisis de la cuestión se pueden adoptar varias corrientes. Una de ellas la denomina Alexy como "teoría de los principios". Para el profesor alemán (Universidad de Kiel) la tesis básica consiste en entender a los derechos fundamentales como principios o mandatos de optimización, que ordenan la realización de su contenido en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esta comprensión de los derechos fundamentales implica además la idea de que no existen derechos absolutos, de que en la vida social es imprescindible cohonestar las exigencias que se derivan de unos y otros, y que las intervenciones estatales en los mismos son una consecuencia legítima de la democracia y son válidas mientras respeten el principio de proporcionalidad. De este modo la tesis de Alexy también tiene profundas implicancias en el ámbito de la interpretación jurídica, pues realza la función del principio de proporcionalidad, y sobre todo de su tercer subprincipio, la ponderación, mecanismo que comienza a ocupar un sitio de privilegio en la metodología jurídica, junto a la subsunción (Introducción de Carlos Bernal Pulido a la obra de Robert Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios,* Universidad Externado de Colombia (Serie de teoría jurídica y filosofía de derecho), nº 28, Bogotá, 2003, p. 15).

> "La distinción entre reglas y principios adquiere todo su interés cuando se compara su distinto modo de entrar en conflicto. La diferencia estribaría en lo siguiente: los principios poseen una característica que está ausente en las normas, que es su <<peso>> o <<importancia>> y, por ello, cuando dos principios se interfieren o entran en conflicto, ambos siguen siendo válidos, por más que en el caso concreto se conceda preferencia a uno de ellos: lo que no ocurre con las reglas, donde no se puede decir que una norma sea más importante que otra dentro del sistema"[40].

O como dice Dworkin: si se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida[41]; o la solución de Alexy, para quien, si dos reglas están enfrentadas, solamente hay dos soluciones: o bien se declara la invalidez de una de ellas; o en su caso, se introduce una cláusula de excepción que elimina el conflicto, de manera que una de las reglas cederá siempre en presencia de la otra[42].

Cualquiera sea el supuesto, la cuestión metodológica puede partir de un punto como el formulado antes: las *garantías* son inflexibles; los *principios* son normas abiertas; y las *reglas* son patrones cerrados pero que admiten elasticidades.

La diferencia estructural aparece cuando entre ellas interfieren, pues una *garantía* predispone y condiciona; un *principio* orienta el presupuesto que se quiere preferir, y las *reglas* señalan el camino para llegar a esos objetivos.

4.2 Con una visión distinta, el paralelo se puede trazar como lo explica Zagrebelsky: […]

> "Las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios"[43].

En consecuencia, la vigencia práctica de cada uno puede ser errática y ello se evidencia constantemente en la dinámica procesal.

Veamos como ejemplo, el caso de la garantía procesal que indica los contenidos del debido proceso. En su dimensión se debe resolver que se quiere obtener con la prueba, y en la actividad que deben tener quienes se encuentran litigando.

---

[40] Prieto Sanchís, ob. cit., p. 57.

[41] Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 78

[42] Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 89.

[43] Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil,* Trotta, Madrid, 2002 (4ª ed.), p. 109 y ss.

Desde tiempos inmemoriales se debate acerca de cuál es el objeto que tiene la producción probatoria: ¿buscar la verdad? ¿confirmar una versión? ¿determinar los hechos y aplicarle el derecho?, en fin, cada argumento tiene fundamentos muy sólidos que pueden quedar desvinculados del tema que aquí se propone; pero que sirven para demostrar los principios eventualmente aplicables.

Una respuesta puede ser que, la verdad es el objetivo de la actividad jurisdiccional, en cuyo caso, las *garantías* son: el debido proceso, el derecho de defensa, la bilateralidad de las instancias, la sentencia fundada, la ejecución del pronunciamiento, y la efectividad de la actividad jurisdiccional. En este terreno habita un primer interrogante: ¿cuál es el rol del juez en la obtención de la verdad? Si la respuesta se deduce del *principio dispositivo*, dentro del cual no se niega la dirección material del proceso, evidentemente la iniciativa probatoria es una garantía de la eficacia jurisdiccional; pero hipotéticamente, quedaría en duda si esa actividad compromete la imparcialidad del juez en el proceso.

4.3 Desde los *principios*, la buena fe de las partes diseña un tipo de comportamiento ideal, en cuyo caso, la colaboración de ambas en la búsqueda de la mencionada verdad jurídica no sería extraño requerirla (v.gr: el principio de solidaridad en la obtención de la prueba demuestra y ratifica la afirmación); sin embargo, el principio procesal de la carga de la prueba pone en cabeza de quien alega el deber de confirmar la versión de los hechos.

Por su parte las *reglas* procesales conspiran constantemente con estos objetivos. Si vemos lo que sucede con la regla de aportación de hechos (enclavado en el principio de preclusión y oportunidad); en el legalismo formal (presentaciones fuera de término); en las solemnidades propias del acto (v.gr.: forma de practicar la prueba de absolución de posiciones; interrogatorio de testigos; puntos de pericia, etc.), todas ellas prefieren el cumplimiento del rito antes que la realidad conseguida.

En definitiva, en la aplicación puntual de *garantías, principios* y *reglas,* el juez tiene un rol protagónico muy superior al que el esquema decimonónico le marcó; como contrapartida a ese aumento de deberes y poderes le fueron señaladas obligaciones, entre las cuales, la necesidad de justificar sus decisiones aparece en primer plano.

5. Inflexibilidad de las garantías

5.1 Dogmáticamente ninguna garantía debiera ser flexible pues no sería, en tal caso, una garantía cierta, previsible y segura. La firmeza de contenidos esenciales promete certidumbre y quiere evitar el riesgo de la interpretación pendular.

Sin embargo, a veces la misma garantía acepta lecturas contrapuestas. Que el juez sea independiente es una obviedad manifiesta, pero ¿a qué independencia referimos? Que la justicia sea el resultado de una valoración objetiva que se traduzca en una sentencia debidamente fundada, tiene igual connotación, no obstante los pesares por decisiones absurdas, arbitrarias o excesivamente discrecionales. Que la presunción de inocencia sea un estado que evite la indefensión, es también una seguridad para el justiciable, pero ¿puede ella extenderse como garantía a los procesos no punitivos?

En fin, cada garantía jurisdiccional o procesal plantea incertidumbres, donde la interpretación judicial puede conducir a resultados inciertos. Inclusive, algunas garantías indiscutibles (v.gr: principio de igualdad) deben superar la impermeabilidad cuando se analiza con las circunstancias que la rodean, porque en ocasiones lo que es igual para algunos no recibe idéntica aplicación en otros, afectando la seguridad que aquellas persiguen.

5.2 La *garantía de igualdad* puesta en orden con la jurisprudencia, advierte que cuando no existe obligatoriedad de seguir la doctrina de los tribunales superiores, admite que cada juez tenga plena libertad para trabajar con "su criterio". ¿Se afecta el principio fundamental? ¿O se respeta el sistema procesal previsto?

Cualquiera sea la observación preferible, lo cierto es que todo juicio de igualdad es siempre un comparativo de valores; por tanto, la garantía tiende a evitar las desigualdades de hecho y de derecho[44].

En esta línea, la igualdad como garantía procesal se relaciona con la igualdad de los ciudadanos ante la ley, pero las Normas Fundamentales no enuncian más que un

---

[44] Es muy amplia la bibliografía que aborda los problemas de la igualdad en el proceso. Quizás el punto central consista en determinar los rasgos que representa una razón para el tratamiento igual o desigual; rasgos que han de ser al mismo tiempo el *criterio* de la clasificación normativa, esto es, de la condición de aplicación, y el *fundamento* de la consecuencia jurídica (Cfr. Calsamiglia, A., *Sobre el principio de igualdad*, en *El fundamento de los derechos humanos,* de Muguerza J. y otros, Debate, Madrid, 1989, p. 89.

programa de tipo preventivo; una teoría constitucional que no refiere a ningún hecho en particular, sino a un objetivo a conseguir.

En suma, el principio de igualdad supone dar a cada parte la posibilidad real de alegar y demostrar (bilateralidad y contradicción), evitando que cualquiera de ellas esté en inferioridad jurídica, sin conceder a uno lo que a otro se niega.

A su vez, también exige que la igualdad se concrete respetando la certidumbre lograda en situaciones similares a la que se resuelve, las que sirven de modelo para otras conductas o situaciones que se emparientan por su fisonomía similar.

Con estas perspectivas, la garantía es inflexible.

5.3 Otro ejemplo: en la *independencia judicial* hay planteos diferentes que analizan las circunstancias cuando la sentencia se produce, provocando interpretaciones disímiles según se entienda que la función del juez es un tipo de obediencia al Derecho y a las normas; o quienes aducen que, precisamente por ser los jueces independientes, es factible y aconsejable la desobediencia a la ley en contingencias especiales.

Podemos afirmar así, que los frentes que tiene la independencia judicial son diversos y complejos y que no se ocupan solamente de la actividad dentro de un procedimiento. El compromiso con la realidad pone en debate la necesidad de aflorar nuevas conquistas en la tarea de hacer justicia, porque ello lo demanda el desarrollo social; y también, porque no, para consagrar un diseño del debido proceso donde el juez no esté aislado ni inerte[45].

En todo caso, la independencia judicial persigue que quien debe actuar como tercero imparcial no esté vinculado a alguna de las partes en el conflicto; y que pueda resolver con justicia sin comprometer la objetividad.

5.4 Las demás "garantías del proceso" exponen iguales desequilibrios. La defensa en juicio se pone a prueba en instituciones novedosas como la tutela de urgencia. El derecho al juez natural hoy se conforma con la actuación imparcial del órgano preferido.

---

[45] Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho Procesal Constitucional - Debido Proceso*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2004, p. 145

A la sentencia fundada en ley le basta la motivación suficiente, y en definitiva, todo hace ver que en las garantías se alojan valores que constituyen límites a la versatilidad.

Es verdad que la constitucionalización de los principios llegó de la ley, y que ésta fue producto de la necesidad de afianzar la seguridad jurídica. También lo es que la consagración de garantías se complementa con normativa transnacional como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, La Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre; la Convención Americana sobre Derechos Humanos y tantos más que constituyen, luego de ratificarse por los Estados, el denominado "bloque de constitucionalidad"[46]. Por eso, cada una de las *garantías* necesita del juicio de ponderación que las vuelva efectivas.

No se afirma con ello que las declaraciones constitucionales sean meros programas de acción, sino garantías directamente operativas que, al estar formuladas de manera abstracta, necesitan concretarse en cada caso, para alcanzar soluciones justas y razonables[47].

6. La flexibilización de los principios

6.1 Los principios procesales son guías de conducta. No constituyen paradigmas sino valores. Inclusive no faltan quienes le asignan un rol normativo con base en el derecho natural, y por eso la utilidad como estándares de integración.

---

[46] La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina sostiene que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y, en su caso, la de la Corte Europea de Derechos Humanos, constituye una pauta muy valiosa para interpretar las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos (disidencia parcial de los doctores Fayt y Petracchi) (CS, 23/11/1995, "*Viaña, Roberto*", La Ley, 1997-E, 1004 [39.764-S]). Al haber ingresado la República Argentina al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, y más aun a partir de la modificación de la Constitución Nacional en 1994 -Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 75, inc. 22 Constitución Nacional-, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye una imprescindible pauta de interpretación, cuya significación, así como la de las directivas de la Comisión Interamericana, ha sido reconocida reiteradamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (voto del doctor Petracchi) (CS, 21/08/2003, "*Videla, Jorge R.",* La Ley, 2003-F, 87).

[47] Muchos autores, cuestionan la idea de una decisión correcta porque la consideran racionalista, ya que nunca se podrá prescindir de ciertas posiciones previas que tienen los jueces basados en sus propias convicciones. Esta crítica es adecuada desde el punto de vista filosófico, sociológico y aun económico, pero si se mira el problema desde la perspectiva del destinatario de las normas, resulta necesario establecer un mínimo de criterios de corrección que limiten la interpretación jurídica meramente subjetiva o hermética. Ello es esencial para que los ciudadanos tengan una percepción clara de que las decisiones se basan en la igualdad y en el Estado de Derecho.

Agrupados representan una estructura deontológica pues señalan un “deber ser”, y tienden a mejorar las instituciones y el funcionamiento pleno del proceso jurisdiccional.

En su aplicación no constituyen máximas inflexibles, pues toleran adaptaciones siempre que no afecten los contenidos esenciales, o el “mínimo indisputable”. Esta flexibilización depende de cierto casuismo, aun cuando es posible trazar algunas pautas comunes.

6.2 En primer lugar, hay *principios* que corresponden al “*acceso a la justicia*”, que se controlan con los presupuestos procesales de admisión y a través de las excepciones y defensas que las partes pueden hacer valer. De este modo, los conflictos de legitimación se presentan como enunciados normativos, de manera que puede actuar como *regla* (legitimación *ad causam* y *ad processum*) o como *principio* (*Toda persona tiene derecho a ser oída ante un Tribunal independiente e imparcial*), dejando en los jueces la solución del estándar.

Otros *principios* derivan de garantías generales, como los relativos a la organización jurisdiccional, los que conciernen al juez y las que pertenecen a las partes. Por ejemplo, la *unidad de jurisdicción* es un presupuesto político constitucional que significa sentar las bases mismas del funcionamiento judicial, de modo que sería inusitado imponer variaciones prácticas. Lo mismo respecto al *principio de exclusividad* jurisdiccional que supone establecer la posibilidad de dictar pronunciamientos definitivos solamente en jueces y tribunales del Poder Judicial; criterio muy cercano a la garantía del juez natural.

Respecto a las partes, la bilateralidad y contradicción testimonian el paralelo entre la garantía de defensa en juicio, y el principio que dimana del antiguo brocardo *audiatur et altera pars,* o lo que es igual: "nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio". Aquí las elasticidades son posibles, desde que la misma instalación del sistema piensa en la posibilidad de resolver sin oír a la parte afectada, cuando la situación es manifiestamente clara y existe peligro fáctico si la decisión se demora; o cuando se facilita la ejecución provisional de la sentencia pese al derecho al recurso o doble instancia: etc.

En la especie, el juicio de ponderación fluctúa entre el derecho fundamental a ser oído y la contradicción necesaria que puede llegar después sin alterar el régimen procesal.

6.3 Hay otros casos donde se ilustra la plasticidad de los *principios procesales*. En el principio dispositivo, por ejemplo, la iniciativa probatoria del juez no restringe ni altera la pertenencia del proceso[48]; con el principio de congruencia se dan similares extensiones, aumentadas considerablemente cuando se analiza el tipo de proceso tramitado (v.gr.: la cosa juzgada no puede ser igual en los procesos constitucionales; el límite subjetivo también es mayor en las acciones colectivas; el amparo como acción de clase aumenta el alcance objetivo, etc.)[49], con el principio de legalidad formal las correcciones son permanentes.

Algunos dirán que es un riesgo muy grande el que se corre, dejando en manos de la interpretación judicial la plenitud práctica de los principios; sin embargo podría señalarse que hay *prohibiciones expresas* (la indefensión total de la parte) enmarcadas como un derecho fundamental propio del debido proceso, esté o no constitucionalizado internamente. Existen *pautas necesarias* que actúan con márgenes de acción (v.gr.: el principio de congruencia) controlables; y *solemnidades o formas* que son *disponibles* para el juez y las partes con cierta discrecionalidad (v.gr.: objeto; plazos, etc.)[50].

---

[48] Opinión que no es compartida por toda la doctrina. El denominado "garantismo", sostiene en la palabra de Benabentos que […] "En el mejor desarrollo del proceso civil está interesado el Estado es algo obvio, y lo es tanto que no ha sido negado por nadie, pero desde esta obviedad no puede llegarse en el razonamiento posterior a la conclusión de negar la plena aplicación del principio dispositivo en el proceso civil, pues ello implicaría negar la misma existencia de la naturaleza privada de los derechos subjetivos materiales en juego" (Benabentos, Omar A., *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*, Juris, Rosa-rio, 2001, p. 78). Sobre esta argumentación se agrega que los jueces inspirados en la publicización en realidad esconden un autoritarismo manifiesto que se hace mucho más evidente en los procesos penales.

[49] En este sentido, Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *El alcance de la cosa juzgada en los procesos colectivos*, en La Ley, 2005-F, 626); De Los Santos, Mabel A., *Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos*, ponencia presentada al XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza, 2005 (J.A. 2005-IV, 1269). Pellegrini Grinover se refiere a una nueva dimensión del impulso oficial en esta arena, señalando que aún cuando se bregue por el aumento de los poderes del juez en el marco del proceso individual, *la suma de los poderes atribuidos al juez del proceso colectivo es inconmensurablemente mayor*. Entre tales poderes destaca la posibilidad de *flexibilizar la técnica procesal, como por ejemplo, en la interpretación del objeto pretendido y de la causa de la pretensión*. Asimismo, al referirse al *principio de instrumentalidad de las formas* señala que *La técnica procesal debe ser vista siempre al servicio de los fines de la jurisdicción y ser flexibilizada de modo de servir a la solución del litigio* (conf. Pellegrini Grinover, Ada, *Derecho Procesal Colectivo*, traducción del portugués de Copani, Juan C., aun sin editar). También destacando expresamente la necesidad de repensar el principio de congruencia con motivo de los nuevos desafíos planteados frente al conflicto colectivo, Hitters, Juan Carlos, *Alcance de la cosa juzgada en los procesos colectivos*, ponencia presentada al XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza, 2005. Por todos, Verbic, Francisco, *Procesos Colectivos,* Astrea, Buenos Aires, 2007.

[50] Recordaba Véscovi que […] "Las partes pueden, además, *disponer*, no solo de los actos procesales, sino del propio proceso, esto es, de los derechos (sustanciales) planteados a través del mismo; ya sea el actor *desistiendo* de su pretensión; el demandado *allanándose* a la misma, realizando una *transacción*, en la cual ambos se hacen concesiones recíprocas o, también, pueden abandonar el proceso sin

7. La adaptación de las reglas, a las garantías y principios

7.1 Hay dos formas de mirar el funcionamiento de las reglas procesales. Una, que atiende lo estricto y condicionado que emana de ellas, que impide apartarse de lo determinado por el ordenamiento. Y otra de carácter valorativo que exige observar la aplicación práctica de la regla para advertir si ella es justa o puramente formal.

El código procesal es un conjunto de reglas, y como tal, conforma una estructura de cumplimiento obligatorio que pretende afianzar la seguridad y previsibilidad en la relación jurídica que crea una controversia judicial; los mandatos impuestos orientan sobre distintas cuestiones que tanto el juez como las partes deben respetar.

Frente a tal criterio se alza la opinión de quienes argumentan que las formas no convierten a los programas de acción en algo inquebrantable y definitivo que sirvan para fomentar un parasistema deformante y desnaturalizador del objetivo primordial que es lograr la eficacia de las instituciones[51].

La dicotomía que presentamos, enfrenta el modelo propuesto como sistema o método para el debate judicial, con las correcciones que exige una práctica activa. Es la confrontación entre el "deber ser" y la teleología que llega de los principios y garantías.

7.2 El problema a superar surge de la propia neblina en que se encuentra la distinción entre *principios* y *reglas*, que al efecto no se puede simplificar con el núcleo abierto o cerrado que presentamos *ab initio*. La cuestión se agudiza cuando la diferencia se quiere encontrar con los modelos de procedimiento, porque los objetivos difieren, al no ser igual sustanciar un proceso civil, otro penal, administrativo, fiscal, laboral, etc.

La inmovilidad de las reglas puede confrontar con los principios generales, y cuando se establecen parámetros como el siguiente: *Si una cuestión no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y su aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales*

---

proseguirlo, lo que, pasado un tiempo, produce su *caducidad* (perención)…" (Véscovi, Enrique, *Manual de derecho procesal*, Idea, Montevideo, p. 64.

[51] Cfr. Berizonce, Roberto Omar, *El proceso civil: Modelo teórico y realidad*, en "Derecho Procesal", trabajos presentados en el III Congreso Internacional de Derecho Procesal, Lima, 2005, ps. 257 y ss.

del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso, fácilmente se colige la posibilidad de su interpretación.

7.3 La versatilidad se puede mostrar con algunos ejemplos. La regla que establece el derecho de defensa en juicio, permitiría que un litigante use todas las posibilidades que el código le permita para ejercer legítimamente tal facultad; sin embargo, la actividad puede resultar abusiva y violentar el principio de moralidad (regla moral en el proceso)[52]; también puede ocurrir que una regla sostenga los tiempos del proceso, y que ellos mismos conspiren con la celeridad y rapidez que pide una *garantía* (v.gr.: art. 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos respecto al plazo razonable), o con la economía que requiere un *principio*; o bien, que se establezca la identificación de litigantes allí donde el alcance de la cosa juzgada es difuso (v.gr: procesos colectivos).

Es evidente así que hay reglas inalterables, otras que permiten movilidad y algunas más que necesitan interpretarse para que consigan su eficacia práctica. Con tino se dice que no hay estándares que sirvan para orientar sobre la preferencia de una regla por sobre los principios, o viceversa; pero que existen dos orientaciones cardinales que son de irrestricta vigencia: *la igualdad de las partes* y *la imparcialidad del juzgador*[53].

> Con mayor apertura dice Taruffo que, en la aplicación de principios, el juez tiene un papel protagónico o creativo que puede ser formador de reglas, de ahí la imperiosa necesidad

---

[52] En nuestra obra "*Temeridad y malicia*" destacamos algunos ejemplos de ello: 1.- La defensa sostenida en motivos inocuos o de manifiesta ilegitimidad, conforma un abuso de la jurisdicción toda vez que a lo único que tiende es a postergar una decisión consabida; 2.- Quien reitera un planteo de recusación con causa contra el Juez actuante, insistiendo en que existe la causal invocada y que fuera anteriormente resuelta en forma adversa por la Alzada, demuestra una conducta obstruccionista que persigue un fin meramente dilatorio, tanto más cuanto se la deduce antojadizamente y con deleznables fundamentos, que importan una falta contra la autoridad y dignidad del magistrado; razón por la cual, la recusación debe ser desestimada y calificada de maliciosa; 3.- Cuando la memoria de agravios es técnicamente inatendible y revela superficialidad y ligereza; 4.- O bien, cuando existe abandono del proceso evidenciado en la desidia para efectuar las pruebas ofrecidas, indicio de íntima admisión sobre la insostenibilidad fáctica de la construcción argumental fundamento de la demanda, y a la desatención de la incomparecencia a la citación personal del juzgador, ocasiones en las cuales los resortes morales de delicadeza y de pudor hubieran impuesto admitir soluciones simplificadas y expeditivas del conflicto carente de andamiento, vía procesal económica que de esa manera fue obstruida; 5.- Si el demandado reconoce la existencia tanto del vínculo jurídico que lo unía al actor como de la deuda, pretendiendo luego, sin ningún apoyo probatorio que ésta fue saldada. En este aspecto, la malicia estriba en la utilización arbitraria de los actos procesales en su conjunto y en el empleo de facultades que la ley otorga a las partes en contraposición con los fines del proceso, obstruyendo su curso y en violación de los deberes de lealtad, probidad y mala fe.

[53] Alvarado Velloso, Adolfo, *La imparcialidad judicial y la función del juez en el proceso civil*, en "Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil", AAVV, coordinada por De la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 286

de justificación, pues el ejercicio de ese poder "solo es aceptable si el juez proporciona una justificación racional de las decisiones adoptadas"[54].

En uno y otro caso, aparecen limitaciones propias del camino que se quiere adoptar. Cuando la garantía es concreta (v.gr.: imparcialidad del juzgador) no es posible encontrar alternancias en las reglas que lo aplican (v.gr.: causales de excusación)[55]; si la trama diseña un ritual determinado, el juez puede alterar ese camino[56]; y si los principios trabajan sobre presupuestos lógicos pensados para un modelo determinado, la adaptación con las exigencias del caso es una potencialidad[57].

---

[54] Taruffo, Michelle, *La giutificazione delle decisión fondate su standards*, en "L´Analisi del racionamiento giuridico", dir. Comanducci, P. – Guastini, R., Giappichelli, Torino, 1989, p. 314.

[55] Como ha sostenido la Corte Nacional, con la recusación se intenta preservar la imparcialidad necesaria de los tribunales de justicia, pero a su vez, se intenta evitar que el instituto se transforme en un medio espurio para apartar a los jueces del conocimiento de la causa que por la norma legal le ha sido atribuido (CSJ Argentina, 30/04/1996, La Ley, 1998-A, 711). Las partes no pueden crear motivos de excusación. De lo contrario, se corre el riesgo de que quien pretenda separar al juez natural del conocimiento del juicio y no lo consiga por medio de la recusación con causa, por no darse ninguno de los supuestos previstos por el art. 17 del Código Procesal lo obtenga en forma elíptica por la excusación que él mismo pudiera provocar (Cfr. Gozaìni, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nacion comentado,* tomo II, cit., p. 366. Sentencia en La Ley 1996-C, 790).

[56] En esta línea, afirmamos en nuestro "*Derecho Procesal Constitucional - Debido Proceso*" (ob. cit.,p 88 y ss.), que la tarea consiste en dar una pauta de conducta cuando la solución del conflicto necesita eludir alguna regla o pauta del proceso; sea formal (v.gr: un plazo), o sustancial (v.gr.: dar patrones de cumplimiento en un contrato), y hasta constitucional (v.gr.: extender los alcances de la cosa juzgada a quienes no han sido partes). La justicia suele presentarse como "de acompañamiento", donde la razón de a crisis permite eludir reglas estrictas para alcanzar una solución justa y proyectada al clamor social. Por ejemplo, se ha dicho que, por debajo de lo que las leyes parecen decir literalmente, es lícito indagar lo que quieren decir jurídicamente y si bien no cabe prescindir de las palabras de la ley, tampoco hay que atenerse rigurosamente a ellas cuando una interpretación sistemática así lo requiera, dado que la misión judicial no se agota con la remisión a su letra, ya que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la *ratio legis* y del espíritu de la norma (del dictamen del Procurador General) (CSJ Argentina, 02/08/1983, "*Abal Medina, Juan M.*", ED, 107-165 - Fallos, 305:973).

Lo que se quiere transmitir es que, la primera fuente de inteligencia de la ley es su letra, pero la misión judicial no se agota con ello, ya que los jueces, en cuanto servidores del derecho para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la intención del legislador y del espíritu de las normas, todo esto, a su vez, de manera que las conclusiones armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (CSJ Argentina, 19/10/1995, "*Dessy, Gustavo G.*", La Ley, 1996-C, 316, con nota de Isidoro H. Goldenberg - DJ, 1996-2-97). Criterio que se reitera hasta llegar a concluir que ningún juez puede prescindir de la intención del legislador y del espíritu de la norma, todo de manera que las conclusiones armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (CSJ Argentina, 27/04/1983, "*Perón, Juan D., suc.",* La Ley, 1983-C, 139).

[57] La polaridad es ideológica. Por ejemplo, dice Alvarado Velloso que […] "el mejor intento de hacer justicia en un caso concreto no puede vulnerar el método mismo de la discusión. De así hacerlo y, a raíz de ello, un juzgador privilegiare la obtención de la meta por sobre la legitimidad del método, estaría dando razón postrera a Maquiavelo: *el fin justifica los medios"* (Alvarado Velloso, Adolfo, *La imparcialidad judicial y la función del juez en el proceso civil*, en "Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil", AAVV, coordinada por De la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván, Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 286).

> En esta línea de opciones, dice Falcón que los llamados principios derivados de la legislación procesal, que constituyen sistemas de organización del procedimiento, en general no aparecen puros sino combinados. Una cuestión interesante es que los principios derivados pueden tener más de una variante. Muchos de estos sistemas están fundados en principios o líneas jurídicas que el legislador pretende imponer, ya sea porque se funde en ideas principistas o prácticas[58].
>
> También Eisner al explicar los principios dice (refiriéndose a dichos sistemas) que ellos se manifiestan en múltiples formas, que pueden adoptarse para regular el mecanismo procesal, con el cual se piensa dar a cada uno lo suyo, y son o pueden ser diversas las orientaciones a que obedecen. Las orientaciones explican los sistemas procesales y, dentro de esos sistemas, cuáles son las pautas directrices; una vez establecidos se conocen los principios formativos o rectores del proceso. Estos principios formativos o monitores, inspiran las soluciones de los códigos y están obsti-nadamente reflejados en cada una de sus normas[59].

7.4 En suma, las *reglas procesales* están previstas en función de un sistema inspirado en principios y garantías que propician desarrollar el proceso judicial conforme un modelo que sigue y en el que se fundamenta. En el derecho procesal penal el vínculo con el derecho constitucional se ha ido estrechando desde hace tiempo, al punto que muchos principios provienen de las cartas superiores y del derecho trasnacional (v.gr.: art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), que evitan debatir sobre la eficacia o ineficacia de una garantía, un principio o una regla.

Pero esa vinculación aun no es tan explícita en el derecho procesal civil, provocando la discusión que debe resolver si la variación de las reglas conspira con el debido proceso, o si justamente, para consolidar el debido proceso, es necesario actuar sin el formalismo ritual[60].

---

[58] Falcón, Enrique Manuel, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación,* Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 2006, ps. 106 y ss.

[59] Eisner, Isidoro, *Planteos Procesales,* La Ley, Buenos Aires, 1984, ps. 47 y ss.

[60] No queremos olvidar que las reflexiones provienen de larga data y de los mejores cultores de nuestra ciencia. Por el caso, el siempre vigente Couture ha dicho […] "El proceso debe ser un proceso idóneo para el ejercicio de los derechos: lo suficientemente ágil como para no agotar por desaliento al actor y lo suficientemente seguro como para no angustiar por restricción al demandado. El proceso, que es en sí mismo sólo un medio de realización de la justicia, viene así a constituirse en un derecho de rango similar a la justicia misma […]. El juez servil al Poder Ejecutivo no es el que quiere la Constitución; el juez demagogo no es el juez idóneo que aquélla promete; el juez cuyos fallos son desobedecidos por los órganos encargados de cumplirlos es todo lo contrario de un juez; el juez sin responsabilidad por sus errores y culpas no ofrece el mínimo de seguridad que la Constitución anuncia…"(Couture, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Lexis Nexis (4ª ed.), Buenos Aires, 2003, ps. 21/22).

8. Los principios nuevos

8.1 El tramo final de la interpretación sobre los principios procesales tiene otra hipótesis de trabajo: ¿el proceso judicial es una garantía; un principio (debido proceso), o una regla (el procedimiento propiamente dicho)?

Nosotros ya nos hemos pronunciado respecto al primer planteo, afirmando ahora, una vez más, que el proceso es una garantía preexistente al conflicto y, como tal actúa, como un reaseguro para quien necesita formalizar una pretensión. Es una *garantía* que responde en el constitucionalismo al concepto formal de cómo se debe desarrollar un procedimiento, y como debe justificarse la decisión (principio de razonabilidad).

Es, asimismo, una *garantía* en el sentido del que hablaba Calamandrei, cuando indicaba cada una de las garantías que ofrece la actividad jurisdiccional (v.gr.: observancia de la ley; reintegrar el derecho transgredido; ofrecer certidumbre y seguridad jurídica; restituir la vigencia del derecho afectado; constituir un estado jurídico; actuar preventivamente, etc.)[61]; y los requisitos básicos que consagra el debido proceso.

Ahora bien, si el proceso es una *garantía* es evidente que como herramienta constitucional o fundamental necesita estar cubierto de mínimos que afiancen o aseguren su eficacia.

Aparece así una proyección del proceso analizado en torno a su dinámica funcional. ¿Qué significa "debido"? ¿El debido proceso es un principio fundamental?

8.2 Es verdad que el adverbio "debido" no aparece en la mayoría de las cartas constitucionales americanas, hecho significativo si tenemos en cuenta la idea que surge inmediata cuando se habla del "debido proceso". El origen aceptado es la 5ª Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América que establece los derechos de todo ciudadano a tener un proceso judicial; y también figura en la 14ª Enmienda, como una restricción al poder del Estado para resolver sobre el destino de los hombres sin el *debido proceso.*

---

[61] Calamandrei, *Instituciones de Derecho Procesal Civil,* cit., ps. 141 y ss.

Estas dos facetas se reproducen en la explicación acerca del concepto. Es decir, se pone de relieve la importancia que tiene la actuación jurisdiccional. Son los jueces quienes deben preservar las garantías del proceso, y aplicar el principio de razonabilidad en cada una de las decisiones que adopte.

Con la aparición de los derechos humanos, el derecho al proceso exigió que fuera *con todas las garantías*, generando una evolución notable en el concepto. De ser un proceso legal basado en reglas y principios se pasó al proceso constitucional, con el agregado de principios y presupuestos que conciliaban en el argumento que, sin garantías procesales efectivas y certeras, no había posibilidad alguna para desarrollar los derechos fundamentales.

Desde esta perspectiva, el debido proceso es una garantía autónoma cuyos contenidos son principios intangibles.

8.3 En los últimos tiempos aparece una nueva corriente que, sin alterar estas conclusiones, promueve la protección constitucional de los derechos fundamentales de naturaleza procesal[62]. No se trata de radicar toda la protección en el "debido proceso", sino en un *proceso rápido y expedito*; o exigiendo un *recurso sencillo y rápido*, o cualquier otro *recurso efectivo* (art. 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos); o un *procedimiento preferente* y *sumario* (art. 53.2 Constitución española); entre otras expresiones de similar o idéntico sentido[63].

---

[62] Natarén Nandayapa, Carlos F., *La tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal,* UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, nº 358, México, 2006. Carocca Pérez, Alex, *Garantía Constitucional de la defensa procesal,* Bosch, Barcelona, 1997. Fiaren Guillén, Víctor, *El procedimiento preferente y sumario y el recurso de amparo,* Revista de la Administración Pública (RAP) nº 89 (1989), entre muchos más.

[63] Hay que diferenciar las "garantías judiciales" que porta, por ejemplo, el art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica, de la necesidad de consagrar un recurso especial para la defensa genérica de los derechos del hombre. En efecto, el artículo 8 no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención. Este artículo 8 reconoce el llamado "debido proceso legal", que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial. La Corte Interamericana ha observado que la expresión "garantías judiciales", *strictu sensu*, se refiere a los medios procesales que "sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o ejercicio de un derecho […], vale decir, los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia." No obstante, el uso de la expresión "garantías judiciales" como título del artículo 8 de la Convención Americana ha favorecido el uso de este término para referirse genéricamente a los distintos requisitos enumerados en dicho artículo.

El objeto de la hora es resguardar la protección procesal efectiva; el derecho al amparo; el también denominado "derecho a la jurisdicción", o el más usado y conocido como derecho a la *tutela judicial efectiva* desde el cual, el debido proceso comienza a integrarse en cada etapa del procedimiento, con exigencias singulares. Por ejemplo, acceso irrestricto, asistencia legal de confianza e idónea, derecho a ser oído y a probar con libertad las afirmaciones, solidaridad y compromiso de las partes en la búsqueda de la verdad, sentencia razonada, derecho a los recursos, a la ejecución de la sentencia o prestación judicial útil y efectiva, etc.

Este desarrollo modifica las reglas de otrora con principios de raigambre constitucional, al punto que los Tribunales Constitucionales europeos han multiplicado su jurisprudencia al explicar los alcances de la protección procesal que tiene toda persona para conseguir la tutela judicial efectiva[64].

Este plano se ha transmitido a nuestros ordenamientos, y se integró con los enunciados de Pactos y Convenciones continentales que ordenaron el nuevo emplazamiento para el juicio justo y equitativo[65].

---

[64] Explica Aragón Reyes que el art. 53.2 de la Constitución española, acota la defensa a los derechos fundamentales vulnerados por actos de cualquiera de los poderes públicos (o de los particulares) o por normas con rango inferior a la ley. Sin embargo, la confluencia entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria es total, teniendo, además, la jurisdicción ordinaria un ámbito material más amplio incluso que el propio Tribunal Constitucional. El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional no es, pues, el único, sino sólo el último, remedio de las vulneraciones producidas respectos de los derechos fundamentales a que se refiere el art. 53.2 CE. Aquí el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria realizan la misma función, es decir, la actividad jurisdiccional es idéntica y, por ello, cuando en una Sentencia de amparo se anula una Sentencia judicial es porque ésta última no hizo, debiendo hacerlo, lo mismo que hace en su Sentencia el Tribunal Constitucional: proteger el derecho. No hay, pues, como se ha venido diciendo, dos jurisdicciones separadas, una que juzga de la "constitucionalidad" y otra de la "legalidad", sino dos jurisdicciones estrechamente relacionadas. Por lo demás, ya el propio Tribunal Constitucional, desde fecha muy temprana, lo había constatado (como no podía ser de otra manera): "La distinción entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria no puede ser establecida, como a veces se hace, refiriendo la primera al «plano de la constitucionalidad» y la jurisdicción ordinaria al de la «simple legalidad», pues la unidad del ordenamiento y la supremacía de la Constitución no toleran la consideración de ambos planos como si fueran mundos distintos e incomunicables. Ni la jurisdicción ordinaria puede, al interpretar y aplicar la Ley, olvidar la existencia de la Constitución, ni puede prescindir la jurisdicción constitucional del análisis crítico de la aplicación que la jurisdicción ordinaria hace de la Ley cuando tal análisis es necesario para determinar si se ha vulnerado o no alguno de los derechos fundamentales o libertades públicas cuya salvaguardia le esté encomendada" (STC 50/1984, FJ3), e incluso, debe añadirse, cuando tal análisis sea necesario para determinar si se ha vulnerado cualquier otra prescripción constitucional (Aragón Reyes, Manuel, *Relaciones Tribunal Constitucional – Tribunal Supremo*, ….).

[65] Explica Natarén Nandayapa, siguiendo la línea precursora de Hans Kelsen que integró a los derechos procesales dentro del grupo de los derechos subjetivos exigibles al ser un reflejo de obligaciones jurídicas, que […] los derechos fundamentales de naturaleza procesal son derechos subjetivos públicos que se tienen frente a los órganos jurisdiccionales y que, en consecuencia, configuran un conjunto de facultades de los ciudadanos frente a los jueces y tribunales. Además, los derechos procesales tienen una clarísima dimensión objetiva, que hace de ellos unos derechos sensibles diferentes del resto de los

Esta evolución impacta notablemente en el derecho de familia, y respecto al proceso judicial para solucionar conflictos dentro de ella, los principios procesales debieron cambiar.

---

derechos fundamentales (ob. cit., p. 10) […] En efecto, dado que estos derechos se configuran como facultades que tienen como sujetos pasivos a los tribunales, sólo éstos pueden ser responsables de su violación; nos encontramos así con que los órganos jurisdiccionales competentes para reparar estas vulneraciones de derechos siempre revisarán actos de otros órganos jurisdiccionales, razón por la cual la protección de estos derechos se identifica con el sistema de recursos procesales –*lato sensu*-, con una especial incidencia sobre los recursos extraordinarios (p. 12).

CAPÍTULO IV

LOS DEBERES DEL ESTADO

1. Obligaciones principales

1.1 Hay obligaciones de fuente constitucional que centran en la familia la organización social. Desde este objetivo, el Estado debe fortalecer la institución familiar y el desarrollo íntegro en cuantas facetas respondan al objetivo de conseguir el ejercicio pleno de los derechos de la familia y sus integrantes.

En Colombia, por el caso, expresamente se establece que […]

> En desarrollo del objeto se contempla como deber del Estado proveer a las familias y a sus integrantes, herramientas para potenciar sus recursos afectivos, económicos, culturales, de solidaridad y criterios de autoridad democrática, de manera que los programas de atención a la familia y a sus miembros prioricen su unidad y la activación de recursos para que funcione como el instrumento protector por excelencia de sus integrantes (art. 1 inciso 3º, Ley 1309 del año 2009 reformada en el año 2017) .

Las modernas constituciones han promovido que las garantías fueran codificadas, dando lugar a numerosos reglamentos de familia cuyos principios rectores promueven la protección; la responsabilidad compartida de padres y madres hacia su descendencia; la igualdad de derechos y responsabilidades; el interés superior de la niñez y la adolescencia; la solidaridad afectiva y material entre los miembros de la familia. Todos estos valores, junto con los afectivos, hacen referencia a procurar la unidad y fortalecimiento de la familia, precisamente porque es importante para la sociedad que ella goce de paz y estabilidad[66].

1.2 Son códigos de ejercicio, pero también de constitución singular de derechos para un nuevo sujeto que encuentra una situación jurídica subjetiva diferente. Ya no es la

---

[66] Perez Barrios, Fátima Regina, *La protección a la familia a través del cumplimiento de los derechos y deberes familiares,* Revista de Derecho nº 29, Nicaragua, 2015, p. 34.

unidad – persona, sino la familia quien posee una legitimación social que se concreta y materializa con los derechos que la amparan.

La fisonomía no altera el ejercicio individual de cada integrante, solamente aglutina el interés superior, como la Convención de los derechos del niño lo hace respecto de los intereses superiores que les corresponde a los menores de edad. Vale decir, que no avasalla las voluntades propias, ni trabaja sobre una personalidad representada por el principio procesal dispositivo (tiene acción quien tiene derecho), se trata de una nueva figura procesal: la familia, y como tal, resulta un sujeto de derechos.

A partir de ello, el derecho al matrimonio no es una exigencia del que quiere ese estado y cumple los reglamentos para alcanzarlo. Si hubiera obstrucciones o prohibiciones estos impedimentos eliminarían la voluntad de casarse. Lo actual es ir contra ese principio tradicional del consentimiento matrimonial destinado a constituir una familia; se tiende a no seguir el curso de las aguas que exigen cumplir reglamentaciones administrativas que han quedado superadas por los nuevos entornos que facilitan la construcción de tipos de familias. Este es un derecho, y su formación no se puede prohibir.

La innovación nos sube al tren de regular y proteger las relaciones que surgen de la constitución de una familia. Esta es una realidad social que engloba más que el vínculo parental, y amplía los integrantes sin exigir que haya relaciones de sangre, o de similar tenor.

1.3 La unión convivencial puede ser una nueva denominación para el antes llamado matrimonio. Es un cambio nominativo, pero no de esencia ni contenido. El amor de los contrayentes da lugar a la relación, y la procreación posible deja de anidar en las reaciones entre personas de diferente sexo, aceptando que los hijos puedan llegar con otras formas generativas (v.gr.: vientre subrogado; fertilización in vitro; adopción de niños por parejas del mismo sexo, y aun de quienes no se identifican sexualmente o de admitir la familia monogámica).

Son cambios copernicanos, es cierto, pero no ampliaremos más que mencionando estos modelos. Nos preocupa sí, que en los conflictos derivados de estas nuevas “familias”, los paradigmas procesales sigan usando los principios creados en el deecho procesal alemán del siglo XIX (v.gr: dispositivo, oportunidad, congruencia, carga probatoria, cosa juzgada, etc.).

La advertencia observa que estos principios podrán tener los mismos nombres, pero la recepción del intérprete no admite confusiones. Estos no son ni deben actuar con la simetría clásica.

2. Los nuevos deberes del Estado

2.1 La vida conyugal no es ahora el germen de la familia. La naturalización del dogma creando esta base estructural de siglos pasados no podría soportar que se piense que pueda haber madres sin pareja, que reclama fertilizar óvulos para gestar con esperma donado; o que puedan ser madres o padres dos personas del mismo sexo.

Estas relaciones de familia componen un nuevo cuadro de derechos que bien se pueden sintetizar con los fundamentos del nuevo Código Civil y Comercial de Argentina […]

> En primer lugar, se regulan diferentes formas de vivir como ser, las parejas no se casan que en el nuevo Código se denominan "uniones convivenciales" así ya en el propio término se destaca el elemento central de este tipo de relaciones afectiva: la convivencia. Veamos, en la actualidad, diferentes leyes especiales regulan estas uniones de manera parcial (por ej., derecho a pensión, a continuar la locación urbana, a tomar medidas en los casos de violencia familiar etc.); estas leyes implican que el legislador reconoce este tipo de uniones familiares. Regularlas de modo general, no es fácil en la Argentina, desde que esta realidad social responde a diversas características (en algunos casos, opción libremente asumida; en otras, un integrante de la pareja vulnerable, en situación de notoria desigualdad frente al otro). En cualquier caso, la ley debe ser una herramienta que, fundado en el principio de solidaridad, respete la autonomía y, al mismo tiempo, proteja a los más vulnerables para acercarse, de este modo, a la igualdad real […]. Desde ya, no es lo mismo casarse que formar una unión convivencial. ¿Cuáles son las diferencias? Varias y sustanciales. El matrimonio genera una gran cantidad de efectos jurídicos que no operan en las uniones convivenciales, entre otras, las siguientes: a) el cónyuge es heredero legitimario, o sea, la ley obliga a que un porcentaje de la herencia se le reconozca al cónyuge supérstite; el conviviente no es heredero; la única manera de que reciba en la herencia es hacer un testamento y designarlo beneficiario; aun así, hay que respetar el derecho de los otros herederos forzosos, por ej., los hijos; b) el matrimonio genera un régimen de bienes, de comunidad o de separación de bienes; las uniones convivenciales exigen un pacto expreso que regule la situación de los bienes que se adquieren durante la unión; c) producido el divorcio, en supuestos excepcionales (por ej., se trata de un cónyuge enfermo o en estado de necesidad o vulnerabilidad) el ex cónyuge tiene derecho a solicitar una cuota alimentaria; este derecho no existe en la unión convivencial, ni

siquiera en forma excepcional. No hay herencia, ni régimen de bienes, ni alimentos después de la ruptura, son efectos jurídicos de gran relevancia para observar[67].

2.2 El interés familiar es una categoría que impacta en la teoría de la legitimación para obrar en el proceso. Se abandona el derecho del que pide (situacion jurídica subjetiva), creando un interés superior representado en la relación familiar. Los derechos que se derivan de ella y para ella, son los que el Estado debe preservar y acordar un trámite procesal acorde con la renovación del perfil de la controversia eventual.

Con este encuadre, se puede hablar de una legitimación por representación, donde el ensamble del que pide con el derecho que tiene, se sustituye por el derecho e interés de la familia -como sujeto de derechos-. Una especie de bien común tutelado, y generalidad de la afectación sufrida por el impacto.

Situaciones como la violencia doméstica, el abuso de menores, la desprotección de niños y adolescentes, la ausencia de control sobre el crecimiento del menor, todos y muchos más, son aspectos que deben cambiar la legitimación del afectado, admitiendo que son problemas generales donde cualquiera puede denunciar por ellos.

Como se ha dicho con mucha razón, resulta fundamental abordar estas problemáticas desde la perspectiva de la cultura de los derechos humanos, de tal forma que se logren comprender, transformar y garantizar las relaciones y la interacción de los miembros de la familia tanto al interior de la misma como socialmente. Resulta de gran importancia la concurrencia que debe de haber entre la familia, el Estado y la sociedad en la protección del goce y ejercicio de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en el entorno familiar, así como en la asunción y cumplimiento de los deberes y obligaciones que tienen éstos para con la infancia[68].

3. Normativa internacional

3.1 La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* en el artículo 16 expresa:

---

[67] Herrera, Marisa, *Principales cambios en las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación,* Saij, Buenos Aires, 2014. SAIJ: DACF140723.

[68] Perez Contreras, María de Monserrat, *El entorno familiar y los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes: una aproximación,* Boletín Mexicano de Derecho Comparado Volumen 46 nº 138, México, 2013, ps. 151-1168.

1) Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y a fundar una familia; y disfrutarían de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2). Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3.2 Expresa el artículo 1 de la *Convención sobre el consentimiento para contraer matrimonio*, que la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de matrimonios (1962): "1. No podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar al matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley"

3.3 El artículo 23 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (1966) reconoce a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, rescatando su necesidad de configurarse como sujeto de protección por parte de la sociedad y del Estado, se reconoce (también) el derecho del hombre y de la mujer a contraer libremente matrimonio y fundar una familia sin tener edad para ellos y por último se crea la obligación a la Estados de garantizar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo proseguir el deber de protección hacia los hijos.

3.4 El artículo 10 del *Pacto Internacional de Derechos Económicas, Sociales y Culturales* (1966), describe a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad y le asigna el nivel más alto de protección y asistencia posibles, desde su constitución (matrimonio libre y garantizado por el Estado) y en el cuidado y educación de los hijos.

3.5 El artículo 5° de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, reconoce expresamente que la función principal en la crianza de los niños recae en sus progenitores.

Esta es la base del ejemplo familiar y el centro de gravedad desde el cual se generan los proyectos de vida.

3.6 La *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (1948), se pronuncia por el derecho de toda persona a constituir una familia, por su importancia para la sociedad y por su especial naturaleza, se le considera merecedora de protección por parte del Estado y de la sociedad.

Al igual que el artículo 17 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (1969), que destaca el papel de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad y por ende, la obligación de estatal de protegerla desde sus inicios, con la garantía de celebración de un matrimonio libre y sin restricciones absurdas para el varón y la mujer. Asimismo, se protege tanto a los hijos nacidos dentro del matrimonio, como a los extramatrimoniales.

A su vez, el artículo 15 del *Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Protocolo de San Salvador*" (1988) enuncia a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, la cual por su propia naturaleza exige protección estatal en la función de custodiar el mejoramiento de su situación moral y material: concediendo atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto; garantizando a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar; adoptando medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral; ejecutando programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad.

4. Programa de acción. Declaraciones y principios

4.1 Lo expuesto en párrafos anteriores resume los contenidos de los deberes y derechos que tiene la familia, demostrando que el ensamble común que relaciona el derecho de fondo con los reglamentos de ejecución, piensa ahora con claves distintas, dando lugar a interrogantes que vinculan al proceso con la Constitución, generando como consecuencia que las declaraciones se conviertan en programas de acción, y los

reglamentos procesales adviertan que sus principios han quedado aplicables a un piso de marcha inadecuado con las novedosas consignas.

Por tanto, la pregunta a responder es: ¿el escenario obliga a codificar, o son suficientes los tratados y convenciones incorporados al derecho interno?

4.2 Una vez más es necesario recurrir al vínculo entre la Constitución y el proceso para ver si ambos solamente se relacionan y articulan, o dicho programa de acción que está en las normas fundamentales, para ponerse en práctica necesita organizar el mecanismo jurisdiccional (o político) y las herramientas que a tal fin serán aplicadas.

Es este aspecto donde las garantías comienzan a ser presentadas en las Cartas Superiores, y dinamizadas por la actividad de jueces y tribunales. En ambos casos, el rol de la interpretación es básico y esencial, entendiendo esa función como una parcela de estudio del derecho procesal constitucional[69].

> Pero la interpretación constitucional sucede después del modelo tradicional aplicado para la interpretación de las leyes que diseñó Kelsen al fomentar los tribunales constitucionales. El magnífico resumen de García Belaunde puede ser extractado a grandes líneas, de modo que siguiendo sus reflexiones, hay que tener en cuenta que […] "durante mucho tiempo sólo se utilizó un tipo de interpretación para todas las ramas del derecho, y en forma tardía, sobre todo a mediados del siglo XX, se puso en evidencia la necesidad de la interpretación constitucional como tarea específica (…). Esto se acentúa en el caso de leyes especiales que regulan determinados procesos constitucionales (…). Otro aspecto a considerar es cuáles son los órganos que interpretan y cómo lo hacen, de acuerdo a su conformación, competencias y formas o maneras de reclutamiento de sus miembros"[70].

Lo cierto es que los estudios constitucionales europeos no tomaron a la interpretación de las normas constitucionales sino después de haber desarrollado la llamada "jurisdicción constitucional", a diferencia del caso americano que desde 1803 (Marbury vs. Madison) lo toma como punta de lanza del sistema difuso de control constitucional.

---

[69] Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Tratado de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano,* Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2014, ps. 167 y ss.

[70] García Belaunde, Domingo, *La interpretación constitucional en Latinoamérica,* en "Constitución de la Nación Argentina" (Sabsay, Daniel –Director- Manili, Pablo L. –coordinador-), Tomo I, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 104.

4.3 El tema de la interpretación jurídica fue objeto de distintos niveles de enfoque (filosofía; teoría del derecho; derecho constitucional; derecho privado, etc.) y con un altísimo grado de exponentes (Savigny; Betti; Cossio; Carnelutti; García Maynez; Recasens Siches entre muchos más), pero asentado en el derecho constitucional fue cobrando interés preferente y expuesto como uno de los centros neuronales de la ciencia.

Es evidente, entonces, que la interpretación se convirtió en una tarea esencialmente jurisdiccional, y cuando ella afincó en la lectura de las normas constitucionales fue preciso hurgar métodos y sistemas que lo aislaran de la interpretación jurídica de la ley.

Jueces del sistema difuso, o tribunales constitucionales han conseguido desde las sentencias constitucionales conformar un cuadro de resultados que no ensamblan en la teoría general del proceso ni en las facultades constitucionales regladas por la organización suprema de un Estado.

Han sido leyes las que esclarecieron alcances, pero fue más el activismo judicial desenvuelto en valores, principios y relaciones con los derechos humanos, los que formaron un nido propio que solo tomó del derecho constitucional la fuente donde abrevar, y del derecho procesal la técnica de laboreo; pero sus contenidos es independiente y forma parte del derecho procesal constitucional, que en nuestro parecer es la ciencia que aloja al nuevo derecho procesal de familia..

4.4 Para conseguir que el trabajo del derecho internacional de los derechos humanos sea fructífero, la interpretación judicial es una tarea destinada preferentemente a la tutela efectiva. Con ella se pretende poner en claro los dichos de una norma que va a insertarse en la realidad. Significa desentrañar el contenido que el texto tiene con relación a esa realidad[71]. En la búsqueda de una intelección correcta, pueden seguirse distintos caminos. Uno de ellos conduce a la denominada *interpretación auténtica*, que responde al verdadero concepto de la interpretación, porque proviene del mismo sujeto que emite la disposición; en otro se puede derivar la lectura a terceros que prestaran su opinión

[71] Couture, Eduardo J., *Estudios de derecho procesal civil*, Tomo III, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 15.

particular sobre el alcance que puede asignarse. De este tipo son la *interpretación judicial* y la *doctrinaria*.

A su vez, cada una de estas posibilidades tiene un sistema que se aplica de formas distintas. Puede analizar el espíritu de las normas (fin querido); deducirlo del sentido gramatical; o derivando sus conceptos de la lógica empleada en cada uno de los elementos, pudiendo entonces corresponder a los antecedentes que le dieron origen (interpretación histórica) o a la comparación con otras similares para concluir consecuencias semejantes (interpretación sistemática) que correspondan a la unidad del orden jurídico.

Esta enumeración, lacónica y concisa, reseña particularidades para interpretar cualquier tipo de normas, por ello puntualizan en la teoría general del derecho.

4.5 El problema es que cuando la técnica se emplea en el proceso, es necesario confrontar las disposiciones en estudio con las normas procesales que, como tales, son habitualmente descriptivas del proceso; sólo tienen utilidad cuando a éste referencia y precisa.

La diferencia descriptiva que tiene la norma procesal respecto de la civil, impide que se apliquen iguales sistemas de interpretación. No obstante, sean sustanciales o adjetivas, las normas se interpretan por los jueces como una misión más en la tarea de decir y crear el Derecho. Esto es justamente lo que debe distinguirse: de un lado, la interpretación de la norma procesal que si bien asienta en los principios generales que pondera el valor de toda normativa, cuenta con particularidades que diseñan una metodología propia; y por otro, la interpretación judicial de las leyes, vale decir, la interpretación en el sentido más puro de adecuar la sensibilidad de las normas con el medio donde va a insertarse y en el cuadro coordinado de todo el ordenamiento jurídico.

Divididas las cuestiones, analicemos lo que ocurre cuando el juez interpreta una norma procesal. Es en este campo donde el intérprete realiza una función eventualmente técnica pero sin rigideces en la aplicación de las normas en juego. En efecto, precisamente es en el área de la interpretación donde se debe insistir acerca del rol funcional de la jurisdicción, propiciando una lectura abierta de las normas, sin privarles el sentido que llevan. Una orientación a la justicia antes que a la aplicación simplificada.

No ha de extrañar, por consiguiente, que el menoscabo de la verdad jurídica objetiva quede patentizado si el tribunal de grado deja de resolver sobre el mérito en razón de la insuficiencia de las constancias de la causa, circunstancia que, reunida con otras conclusiones jurisprudenciales, construyen una verdadera obra de interpretación que persigue evitar equívocos del juez al motivar sus pronunciamientos.

4.6 En este contexto se incluye la obligación de estar a las realidades que lo circundan, dando preeminencia a los fines que informan las leyes, más que a letra fría del precepto que, no obstante su consagración, introducen una limitación angustiante que frena la posibilidad de realizarla.

> La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina tiene dicho que […]: "por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente, es decir, la conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país. En esta indagación no debe prescindir, por cierto, de las palabras de la ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas cuando la interpretación razonable y sistemática así lo requiere"[72].
>
> Como agudamente lo destaca Puig Brutau […]: "puede tener más fuerza creadora el valor persuasivo que se desprende de los fundamentos de unas decisiones justas que el autoritarismo abstracto de una disposición legal cuya razón de ser se haya olvidado"[73].

La interpretación de la norma procesal da cuenta de una relación inmediata entre quien aplica, crea y recrea las normas que utiliza. Si las normas procesales abastecen la movilidad del proceso, lo diseñan y estructuran, el destinatario de ellas resulta el órgano que las realiza. Es cierto que la adjetivación en los procedimientos registra transformaciones creativas o mutantes según quien las aplique, por lo que resulta criterioso establecer el control de aplicación a través del mecanismo de los recursos (v.gr.: nulidad, casación, etc.).

Por lo demás, la autonomía que persuade la dicción de las normas procesales no priva la utilidad de cualquier sistema para investigarla. En verdad, es común observar en este esquema un método que va recorriendo, secuencialmente, cada aspecto de la norma.

---

[72] Fallos: 241:227; 244:129; 263:230, entre otros.

[73] Puig Brutau, José, *Introducción al derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1981, p. 257

4.7 El uso de la interpretación en el sistema constitucional que diseña el control difuso trabaja, necesariamente, con el control recursivo donde resulta imperioso mantener en el Superior Tribunal de Justicia del Estado la última palabra, desde que solo ella puede ser el fiel y último intérprete de la Constitución. En cambio, en sitios donde existen tribunales constitucionales, el conflicto suele plantearse entre la validez y eficacia de la interpretación que hace el juez ordinario, respecto a la potestad central que tiene el tribunal concentrado.

En este camino aparece un sendero antes sin trazar. Se trata de los derechos humanos que, construidos fuera de la tradición normativa que crea la norma con el dogma de la soberanía de los Estados, emite ahora tratados, convenciones, declaraciones, y sobre todo, principios que orientan la inteligencia que se debe aplicar en estos preceptos.

No se trata de una inmiscusión de tribunales supranacionales en el derecho interno de cada Estado, sino de organismos que cada Estado Parte reconoce y admite como entidades autorizadas a revisar el comportamiento habido en la jurisdicción local, respecto al cumplimiento de los derechos humanos consagrados en pactos y convenciones internacionales que se han incorporado, oportunamente, al derecho interno.

La promoción de los derechos humanos fue vista en el campo de la familia, mientras que la labor interpretativa que debe cumplir la Corte Interamericana de Derechos Humanos en ejercicio de su competencia consultiva y contenciosa, busca no sólo desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos, sino, sobre todo, asesorar y ayudar a los Estados Miembros y a los órganos de la O.E.A. para que cumplan efectivamente sus obligaciones internacionales en la materia[74].

4.8 La conclusión llega del principio de progresividad de los derechos humanos que ha modificado el sistema de interpretación del derecho dando lugar a una regla preferente: *pro homine*, que significa que, cada Estado Parte, asume el compromiso de

---

[74] Corte IDH, 9 de diciembre de 1994, "*Opinión Consultiva 14/94*", Revista Jurídica La Ley (Argentina), 1999-C, 272.

respetar los derechos y deberes habidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y *garantizar* su pleno ejercicio, acatando en situaciones de conflicto interno, la jurisprudencia interpretativa que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Obsérvese que no hablamos de *supremacía de las normas constitucionales* sino de aquéllas que están en un escalón más arriba, es decir, las *normas fundamentales sobre derechos humanos*. En este espacio actúa la jurisprudencia supranacional. No tiene en cuenta el hecho en sí (aunque lo estudia y sitúa en su circunstancia) sino la dimensión que tiene la violación de los derechos humanos, para considerar si son actuaciones aisladas que encuentran un caso particular, o son quebrantamientos sistemáticos que pervierten la aplicación en el Estado de las garantías judiciales y los derechos del hombre.

El ordenamiento jurídico aplicado es común al sistema (v.gr.: Pactos y Convenciones), y la lectura que del mismo se ha hecho está señalado por los órganos de aplicación y ejecución del régimen mencionado.

> En el caso es menester apuntar que pueden darse situaciones diversas, a saber:
>
> a) Que la jurisdicción local aplique el sistema del precedente obligatorio, de manera que habiendo emitido pronunciamiento un Tribunal Supremo, los órganos inferiores deberán seguir la inteligencia acordada.
>
> b) Que cada juez sea soberano en la causa y sentencie conforme su leal saber y entender (v.gr.: jurisdicción difusa incontrolada).
>
> c) Que el juez pueda aplicar su propia doctrina condicionado a la subordinación jerárquica (v.gr.: jurisdicción difusa controlada) de la doble instancia.
>
> d) Que la jurisdicción local tenga tribunales constitucionales o similares que impiden la actuación del juez ordinario, asumiendo que los derechos humanos son cuestiones de naturaleza fundamental que obligan su intervención.
>
> Cada una de estas situaciones pone en jaque la influencia de la jurisprudencia transnacional, pero no impide aplicarla conforme veremos a continuación. Por ello, en la contertulia jurisdiccional, el conflicto entre tribunales constitucionales y jurisdicción ordinaria, si bien es trascendente, tiene poca relevancia cuando se trata de resolver en materia de derechos humanos, porque para ellos, la única jurisprudencia a aplicar es la que proviene de la jurisdicción que el propio Estado ha reconocido al tiempo de incorporarse al sistema.

CAPÍTULO V

LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL FAMILIAR

1. Los principios y los sistemas

1.1 Un sector de la doctrina clásica, dice que son *principios procesales* los presupuestos políticos que determinan la existencia funcional de un ordenamiento procesal cualquiera[75]. Este criterio fue aceptado por la mayoría de los cultores de la ciencia y, en definitiva, incorporaron la afirmación. Por ejemplo, Palacio sostiene que "se denominan principios procesales a las directivas u orientaciones generales en que se funda cada ordenamiento jurídico procesal"[76].

Sin embargo, la simplicidad del argumento exigió mejorar la fundamentación, porque al ser admitido que los principios eran "presupuestos políticos", fácilmente se llegaba a convalidar que ellos podían variar por razones "políticas"[77]. Fue así que otros autores, anticipándose al dilema, optaron por referir a "*sistemas*", ofreciendo la idea de que el proceso se ejecutaba mediante una serie de actos que se cumplían de manera ordenada (sistemática), estableciendo principios que le daban unidad al mecanismo[78].

Con estos parámetros, en lugar de referir a principios, razonaron sobre la base del método adoptado por un Estado cualquiera para desarrollar sus procedimientos.

---

[75] Díaz, Clemente A., *Instituciones de Derecho Procesal,* Parte General, Tomo I (Introducción), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 212.

[76] Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil,* Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979 (2ª ed. 1ª reimpresión), p. 250.

[77] El mismo Palacio dijo que los principios procesales, en la medida en que se extraen de un determinado contexto normativo, expresan valoraciones de la respectiva comunidad, y deben interpretarse por lo tanto, en un sentido armónico con las necesidades propias del tiempo y del lugar en que han de aplicarse. En su mayor parte, los principios procesales no revisten carácter absoluto. Difícilmente, en efecto, la ley que adopta un determinado principio no prevé, respecto de ciertas situaciones, la necesidad de hacer prevalecer, en mayor o menor medida, un principio distinto y aún opuesto. El principio dispositivo, por ejemplo, es susceptible de funcionar junto con las facultades concedidas a los jueces en materia de iniciativa probatoria, siempre que el ejercicio de tales facultades no ocasione agravio al derecho de defensa ni comprometa la igualdad de las partes (ob. cit., p. 251).

[78] Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial,* Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1957, p. 448.

1.2 De algún modo, esta duplicidad en la orientación estaba ya en los orígenes del derecho procesal científico, cuando Chiovenda argumentó que la finalidad del proceso era la actuación de la voluntad de la ley, pretendiendo señalar que lo verdaderamente importante era conseguir que el Estado aplicara el derecho objetivo sin importar los condicionamientos formales[79].

Aunque frente a este criterio aparecía una concepción diferente, que veía en el proceso una lucha entre partes, donde el Estado sólo intervenía con sus jueces para evitar que las reglas del debate fueran cambiadas en beneficio de uno de los contradictores, vulnerando así los principios de bilateralidad, contradicción, carga de la prueba, alcance y efectos de la cosa juzgada, etc.

Desde entonces, la polaridad ideológica comprometió la interpretación de los principios procesales, porque cada una de las posiciones tenían (tienen) diferencias significativas, que establecieron distancias considerables entre una u otra opción.

1.3 En la actualidad, este enfrentamiento continúa y se repite en las acciones que se toman para analizar la validez de los actos procesales. La singularidad de la hora está en el debate que genera el problema de resolver si los principios son incanjeables o pueden admitir morigeraciones basadas en la libre interpretación judicial. En suma, la discusión se entabla entre admitir que el proceso es solo cosa entre partes que debaten con reglas conocidas e invariables; o bien, que en la búsqueda de soluciones justas y efectivas, pueden los jueces aligerar las rigideces técnicas y hasta dogmáticas[80].

---

[79] Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil,* Tomo I, Cárdenas, 1989, p. 51. Agregando: "Ni siquiera la circunstancia de que el Juez civil proceda únicamente a instancia de parte, puede conducir a un criterio distinto. Pues no hay que confundir la *naturaleza* de una función con el interés de su desenvolvimiento *en el caso concreto.* El primer interesado en pedir la actuación de la ley es el particular; pero esto no impide que lo que él solicita sea la actuación de la ley…".

[80] Montero Aroca sostiene que, "frente a la idea de que las partes son dueñas del proceso, a lo largo del siglo XX se ha ido desarrollando como idea opuesta, la que suele conocerse como publicización del proceso civil. Aunque esa publicización se ha articulado con matices diferentes, como es natural que fuera, todos ellos tienen una misma raíz que atiende al aumento de los poderes del Estado dentro de la sociedad, por lo que se trata siempre de una cierta base autoritaria, por lo menos si entendemos la palabra autoritario en sentido general, en el que equivale a aumento, exageración, desarrollo anómalo, deformación de la autoridad. Autoritario o autoritarismo son siempre formas exageradas, deformadas de la autoridad, y por ello persona con autoridad es algo muy distinto de persona autoritaria …[…]" (Montero Aroca, Juan, *El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritaria*, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 2004, nº 6, ps. 15/50. También en *Proceso civil e ideología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, ps. 144/5).

2. Principios y presupuestos. Reglas y garantías

2.1 Para nosotros deben diferenciarse los *principios*, las *reglas* y las *garantías*. En efecto, el desarrollo del proceso de familia permite observar un conjunto de principios y presupuestos que estructuran las denominadas reglas adjetivas del procedimiento, comúnmente adoptadas con los diseños del código procesal civil y comercial. Es el ritual, propiamente dicho. El reflejo de cómo se hace un proceso a partir de la orientación que fundamenta cada sistema jurídico procesal.

Es una cuestión técnica pero también dogmática, porque aun siendo cierto que no impiden introducir en ellas algunas ideas políticas[81], admiten el establecimiento de imposiciones que no se deben perder bajo ninguna circunstancia.

2.2 Como dijimos en capítulos previos, los *principios* no son reglas técnicas, sino imperativos que guían el procedimiento de jueces y abogados. Por eso, también se pueden presentar como garantías procesales. Dicho en otros términos, constituyen los resguardos y reaseguros que tiene el justiciable para confiar en el sistema al que recurre necesitado de protección jurisdiccional.

Se pueden encontrar principios en la *acción*, o al tiempo de entrar al proceso (acceso a la justicia); cuando se debate en el *proceso* (buena fe, lealtad, probidad, moralidad); y en la propia *función jurisdiccional* (sentencia debidamente fundamentada).

En este terreno anidan como principios, el *dispositivo* (según el cual el proceso se inicia a petición de parte); la *legalidad* de las formas (formalismo o informalismo en los actos procesales); la *publicidad* (el proceso no debe ser secreto para las partes aunque pueda serlo para el público); la *lealtad, probidad y buena fe* (que se puede resumir en el principio de moralidad; o en la prohibición del abuso procesal); la *autoridad del juez* en el proceso, y el *respeto por la dignidad profesional* ("En el desempeño de su profesión el abogado será asimilado a los magistrados en cuanto al respeto y consideración que debe guardársele).

---

[81] V.gr.: La entrada al proceso se puede o no restringir desde la legitimación en el proceso, la cual se puede analizar con la admisión de la demanda o al resolver las excepciones, pero siempre en un tiempo anterior al juicio propiamente dicho; o bien, relegando la cuestión para cuando se dicte sentencia definitiva, permitiendo así el derecho al proceso en términos cabales.

No obstante, la doctrina es bastante versátil para ubicar en la categoría de principios a reglas del procedimiento (por ejemplo, cuando se pone dentro del primero a la oralidad y la escritura); o bien para adoptar como principios a auténticas garantías constitucionales, como la independencia judicial y el derecho de defensa en juicio.

2.3 Las *reglas*, por su parte, se convierten en el sistema previsto para ordenar el debate dialéctico entre las partes. Dentro de ellos existen agrupamientos diferentes, como son las pautas para la producción probatoria en el juicio escrito, o la actuación de ellas en el litigio que se sustancia con oralidad. También las disposiciones que se establecen para la introducción de los hechos en el proceso, o para impugnar las sentencias.

En líneas generales, son los reglamentos señalados para el lugar, tiempo y forma de los actos procesales. Por ello son de esta categoría, la *eventualidad* (distribución de los tiempos del proceso, es decir, que consiste en pedir de las partes que todos los actos de postulación, ataque y defensa, respondan a las etapas preclusivas del proceso)[82]; la *economía procesal* (que significa establecer o no la gratuidad del proceso; y también disponer la secuencia del procedimiento, la acumulación de actuaciones, y la periodicidad u oportunidad de los actos); el derecho a los *recursos* (con la discusión abierta si desde una regla se puede violar un estándar del debido proceso constitucional); y en definitiva, todas las demás cuestiones que significan dar criterios para el desarrollo del trámite contencioso y voluntario.

2.4 Finalmente, aparecen las *garantías*. Vale decir, los derechos constitucionales o fundamentales que siempre deben estar presentes para que se pueda litigar en el marco de un proceso debido. Éste sería el género, mientras que las reglas y los principios serían proyecciones que no pueden opacar la luz que aquél establece. Menos aún dejarlas de lado, y sería nulo (inconstitucional) cualquier procedimiento que no aplicara a pie juntillas las garantías establecidas.

En esta senda transita el derecho de defensa en juicio, comúnmente razonado con el principio de bilateralidad procesal, o de contradicción; para lo que habrá de tenerse

---

[82] Gozaíni, Osvaldo A., *Tratado de Derecho Procesal Civil,* Tomo I, Jusbaires, Buenos Aires, 2020, p. 360.

presente que este postulado resulta útil, únicamente, en los procesos controvertidos. También, la independencia e imparcialidad judicial; la igualdad de las partes; el derecho a ser oído; la razonabilidad judicial; entre otras.

3. Los presupuestos

3.1 El primero que se refirió a los "presupuestos procesales" fue el jurista alemán Oskar Von Bülow[83], que ya había desarrollado su tesis sobre el fenómeno de la relación jurídica procesal procurando explicar la validez y significado del encuentro de partes en un conflicto judicial.

La diferencia establecida considera que hay "requisitos" anteriores a la demanda; y recaudos que se deben tener y cumplir para continuar en el proceso judicial. De este modo, los *presupuestos procesales* son requerimientos de admisibilidad donde habitan condiciones previas a la constitución de la relación procesal. En ellas se encuentran: las personas que pueden demandar y ser demandadas (legitimación); objeto y materias que pueden llevarse al terreno del litigio (idoneidad); y el tiempo para hacerlo (prescripción y caducidad del derecho). En esta perspectiva, se habla del interés, la posibilidad jurídica, y la legitimación en la causa.

---

[83] Von Bülow pertenece a la llamada Edad de Oro del procesalismo alemán, época caracterizada por la fundamentación científica de las nociones básicas del Derecho procesal. Nació en Breslavia en 1837. Estudia en Berlín y Heidelberg, y en esta famosa ciudad universitaria comienza su carrera docente que continúa en Giessen, Tubinga y Leipzig. En 1892, aquejado de una penosa enfermedad, abandona la enseñanza y se retira a Heidelberg, donde murió el 19 de noviembre de 1907.

El mérito de Bülow radica en la interpretación que hizo de los requisitos para entablar un proceso válido entre partes, diferencia que lo posiciona, para algunos, en el privilegiado lugar de ser "creador de la ciencia procesal". Fue discípulo de Vangerow y profundo conocedor del Derecho romano, comienza su elaboración doctrinal con publicaciones del tipo de *De praeiudicialibus formulis* (1859) y *De praeiudicialibus exceptionibus* (1863), que posteriormente desarrolla con maestría en *Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzunge*n (1868), donde estudia el problema de las excepciones y de los presupuestos procesales y aboga por la eliminación total en el sistema procesal civil de aquéllas, a las que califica de «pomposo ornato del más caprichoso latín canónico».

A partir de entonces trata de poner de relieve la naturaleza pública del derecho procesal. Considera que el proceso es una relación jurídica trilateral que, fundada en la demanda judicial, tiende a la obtención de una sentencia justa. Existe, dice, un derecho de las partes respecto al juez y un deber del juez respecto a las partes de dictar sentencia, como resultado del proceso cuyo acatamiento deviene obligatorio. Niega la existencia de un derecho a la tutela judicial anterior a la demanda. La función del juez, afirma en *Gesetz und Richteramt* (1885), es más legislativa que interpretativa. El campo de acción del juez es tan creador como el del legislador. En el proceso se produce Derecho objetivo. Como ha dicho Chiovenda, fue «un pensador lleno de dudas, más inclinado a la crítica sutil y cáustica que a las enunciaciones seguras y definitivas».

3.2 Por otro lado aparecen las excepciones y defensas que se pueden oponer contra el progreso de la demanda. Algunas se dirigen a cuestionar la "posibilidad jurídica", y otras atacan, directamente, las razones de fondo o materiales. Las primeras son excepciones, las otras se llaman defensas.

Esta simplificación no conformaba a Bülow quien rechazó la supuesta confusión proveniente del derecho romano entre excepciones (que indican actividad dispositiva de la parte) y presupuestos procesales (condiciones para la constitución de la relación jurídica procesal). Para aquél era necesario que el juez adoptara un control directo sobre la relación jurídica procesal evitando que fueran las partes quienes, merced al principio dispositivo, implementaran y desarrollaran la litis.

Tanta potestad judicial no fue comprendida en ese tiempo, y por eso fueron las críticas certeras de Kisch, Rosenberg o del propio Goldschmidt, años después. En la doctrina italiana se pretendió morigerar el impacto de una teoría tan avanzada, estableciendo una suerte de clasificación de los presupuestos; se propusieron entonces: "Presupuestos del conocimiento del mérito", "extremos exigidos para decidir el fondo de la cuestión", o "condiciones para la sentencia de mérito".

Lo cierto es que la mayor parte de los comentarios en contra de la teoría de las excepciones y los presupuestos procesales que explanó Von Bülow se dirigieron a advertir que hubiera o no defectos en la constitución de la relación jurídica procesal, a pesar de ello, había actividad procesal.

En consecuencia, cuando se habla de requisitos o presupuestos para dar vida al proceso judicial, necesariamente habrá que distinguir entre los que son necesarios para *entrar al proceso* (acción y derecho de acción); los que permiten estar y continuar en el mismo (*derecho a la jurisdicción y derecho al debido proceso*), y los que asientan en la eficacia misma del juicio como elemento de creación del derecho a través de la sentencia.

3.3 En definitiva, los presupuestos son requisitos de validez intrínseca que refieren a requerimientos internos de los actos procesales. Por eso, la legitimación procesal se instala en la antesala del proceso; la competencia atiende la regularidad de la instancia; el derecho de defensa en juicio conforma la estructura garantista que se protege; y los recaudos constitucionales para una sentencia válida cierran el circuito.

En cambio, los principios, las reglas y las garantías se relacionan con otros aspectos, que se simplifican en lo siguiente:

Los *principios* establecen las formas ineludibles como se debe desarrollar un procedimiento judicial; las *reglas* imponen normas de conducta para el juez, las partes y sus abogados; y las *garantías* se convierten en los fundamentos objetivos y subjetivos que salvaguardan los derechos inalienables de toda persona que esté en juicio. Llevado a la práctica cada exigencia puede encontrar aplicaciones disímiles, lo que conduce a tener que explicar porque las variaciones se producen sin originar nulidades del procedimiento.

Por ejemplo, la garantía de defensa y el derecho a ser oído no puede ser vulnerado; sin embargo, hay alteraciones que dan testimonio de cuantas veces se afecta; así ocurre, con el establecimiento formal del defensor público (que no es el "abogado de confianza" que exigen las convenciones internacionales) creyendo que así se otorga el derecho de defensa; la simple formalidad de cumplir con el derecho a la contradicción se ejecuta dando oportunidad de oír aunque en los hechos sea imposible hacerlo (v.gr.: notificaciones mal practicadas; también al permitir emplazamientos que no son tales; notificación por edictos; etc.); o bien, la sentencia motivada suficientemente se tiene fundada con remisión a precedentes que, a veces, siquiera están relacionados adecuadamente.

Hay innumerables cuestiones que pueden mínimamente calificarse como contradictorias, como ocurre con el derecho a la doble instancia y la restricción de recursos; el derecho a ser oído y las medidas autosatisfactivas; etc. etc., en fin, cada una y todas a la vez, son manifestaciones incongruentes que, para convalidarlas, necesitan explicarse con nuevas argumentaciones.

3.4 Pero donde se reúne el mayor conflicto es en la consideración de la *autoridad judicial* en el que se plantea el debate entre el ejercicio con autoridad (director del proceso), o con exceso de ella (autoritarismo), proyectando desde esta cuestión otras no menores en importancia y trascendencia como resulta, la aplicación del principio de saneamiento procesal (el control de oficio sobre los presupuestos procesales ¿desequilibra la igualdad de las partes en el proceso?); la iniciativa probatoria del juez (¿viola la imparcialidad?); la aplicación de medidas conminatorias o sobre la conducta de las partes en el proceso (¿es un acto de supremo condicionamiento al ejercicio del derecho de

defensa?); el poder cautelar (¿cercena el derecho a ser oído? ¿afecta la pauta constitucional del proceso bilateral y contradictorio?); entre muchas otras contingencias que regresan a la polémica tras muchos años (casi un siglo) de quietud intelectual (para algunos) o de evolución significativa en el derecho a un proceso justo (para otros)[84].

Cada uno de estos interrogantes tiene respuestas propias en el derecho de familia, y los principios destinados a este proceso delinean con autonomía los reaseguros que tiene como objetivo.

4. Principios del proceso y del procedimiento

4.1 Del encuadre anterior surge una primera lectura. Los *principios procesales* disciplinan como ha de ser el debate (iniciado por la parte; dirigido por el juez; con formas legalmente establecidas; conductas honestas y de buena fe, etc.); las *reglas* conforman la regulación adjetiva con modalidades y efectos que pueden ser distintos de acuerdo con la naturaleza del conflicto, o de la finalidad inmediata que las partes persigan, o bien, por los intereses cuya tutela se pretende[85]; mientras que las *garantías* se ocupan de los presupuestos incanjeables y permanentes que la litis debe tener para salvaguardar el debido proceso.

Los principios se controlan desde la actividad jurisdiccional, sea como deberes (obligaciones) del órgano o como potestades (facultades) aplicadas. Lo mismo sucede con las garantías, que se instalan como presupuestos que pueden ser fiscalizados de oficio o mediante la deducción de excepciones y/o defensas de la contraparte. Por su lado, las reglas, son más permeables a la influencia de factores que determinan su vigencia; por ejemplo, la oralidad o la escritura, como método de debate, estructuran posibilidades de actuación diferentes.

---

[84] Los interrogantes que se ponen como afirmaciones no significan que el autor comparta lo que se supone implícito.

[85] Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho Procesal Civil,* tomo I (Teoría General del Derecho Procesal), volumen 1 (Jurisdicción, acción y proceso), Ediar, Buenos Aires, 1992, p. 260.

4.2 Ahora bien, cada uno de ellos no puede desatender la finalidad implícita del proceso: él mismo es una garantía[86], y como tal debe comportarse en su paradigma. Pero, al mismo tiempo, es una herramienta que actúa como instrumento de protección de derechos sustanciales, que de acuerdo con las pretensiones y/o peticiones que se proponga, tienen modismos diferentes para obrar.

En consecuencia, una cosa es el proceso y otra diferente los procedimientos. Mientras el primero desenvuelve los límites y alcances de la actuación jurisdiccional y de las partes dentro de un conflicto planteado, ofreciéndole a cada uno garantías permanentes; el segundo no tiene solamente en el terreno de la contienda judicial su actuación plena (pueden existir procedimientos –administrativos- que no sean bilaterales ni contradictorios), en la medida que se relaciona con las formas de proceder en determinadas situaciones. En suma, se trata de resolver la dinámica de la actividad procesal con sus límites y proyecciones.

Con ello se quiere señalar que el proceso, y especialmente el de familia, es una garantía, donde podemos encontrar reglas y principios generales y permanentes, en los que existen particularidades permitidas..

---

[86] Los primeros estudios de derecho procesal fueron siempre dirigidos a explicar el procedimiento. Esto es, la técnica como se desarrolla un instrumento que servía para aplicar los derechos subjetivos. Esta herramienta originaba el derecho a tener jueces y a peticionar ante ellos dando lugar a un sistema que debía resolver las pretensiones que las partes en conflicto planteaban. Pero con la aparición de los derechos humanos, el derecho a tener jueces, a ser oído, y a tener un proceso con todas las garantías, fomentó una evolución notable en el concepto.

De ser un proceso legal se pasó a estimar un proceso constitucional, con el agregado de principios y presupuestos que conciliaban en el argumento de que sin garantías procesales efectivas y certeras, no había posibilidad alguna para desarrollar los derechos fundamentales. A partir de esta concepción, el proceso como herramienta al servicio de los derechos sustanciales pierde consistencia: no se le asigna un fin por sí mismo, sino para realizar el derecho que viene a consolidar (cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 115)

No debe creerse -dice Gelsi Bidart- que por ser el proceso un instrumento que se construye para una finalidad que le es extrínseca, él mismo (la garantía) no tenga una propia finalidad. Ello así, en la medida que un mismo fin puede lograrse por diferentes caminos o medios, lo cual pone de relieve que el fin no integra la consistencia del medio, aunque ésta debe ser adecuada para alcanzarlo. Por ende, cada medio ha de utilizarse según su propio modo de ser, respetándolo y cambiándolo para que mejor llegue al fin perseguido. Cabe modificar el medio siempre que se mantengan sus aspectos fundamentales, pero no cambiando alguno de éstos, de tal manera que se pierda la manera de ser o consistir del instrumento. Si ello se hace, estamos ante un medio diferente, mejor o peor, pero no ante el mismo (Gelsi Bidart, Adolfo, *De Derechos, deberes y garantías del hombre*, Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 1987, p. 45).

Con ello no decimos que el proceso abandone el rol que permite ejercer los derechos materiales; ni que haya perdido su condición de modelo técnico; se trata simplemente de advertir que su fisonomía debe resultar permeable a las exigencias del tiempo en que ocurre, de forma tal que no sea un mero procedimiento, sino una garantía esencial para los derechos humanos.

4.3 En cambio, el proceso expuesto en su desarrollo, debe atender las familias o grupos de intereses a los que destina su esquema para aplicar el derecho correspondiente; de este modo, la diversidad podrá sugerir formas y criterios diferentes de actuar en los principios (v.gr.: la neutralidad absoluta del juez puede sufrir alteraciones actuando en la justicia familiar); lo mismo cuando se trata de aplicar reglas (v.gr.: la carga de la prueba en los procesos referidos no es igual a la que se aplica en los procesos comunes); o bien al reglamentar las garantías (v.gr.: la cosa juzgada en los juicios de conocimiento es diferente de acuerdo con las posibilidades de cognición que el juez tenga en cada uno).

En definitiva, si trazamos una línea divisoria entre el *proceso como garantía constitucional*; y el *proceso desenvuelto como herramienta* (posible de tener una diversidad de procedimientos), será factible observar que los principios, reglas y garantías, tienen adaptaciones que sin resquebrajar la unidad de intelección, van tejiendo presupuestos y condiciones que exceden la simple regularidad formal, para afincar los requerimientos imprescindibles de la validez sustancial de la instancia.

En este sentido, la garantía que el proceso ofrece por sí sólo, es suficiente para tener que afianzar el derecho de acceso a la justicia; a ser oído dentro de un plazo razonable; a tener todas las garantías de alegación, réplica y prueba, y a obtener una decisión razonable y fundada.

4.4 Por su parte, los procedimientos tienen, al igual que el proceso, principios y reglas (las garantías se resguardan desde el proceso) que estructuran una forma para desarrollar las actuaciones procesales. Cada uno de ellos no significa, propiamente, una cuestión reglamentaria cuyos defectos ocasionan la invalidez de los actos, porque puede ocurrir que, encontrándose previsto el trámite oral, la actuación se ejercite por medio de escritos; o que habiendo una secuencia lógica para la concreción de ciertos actos, ellos se cumplen con un orden diferente sin alterar las reglas del contradictorio.

En consecuencia, los principios del procedimiento resuelven situaciones de estructura o arquetipos (oralidad o escritura; legalidad o informalidad; carácter público o secreto de las actuaciones) y una vez hecha la opción, encontramos otras disposiciones para lo propiamente adjetivo (orden secuencial de los actos o libertad de aportación; inmediación del órgano o distancia absoluta con las partes), recalando en particularidades

específicas que conforman el conjunto ritual (economía procesal; saneamiento; eventualidad; etc.).

5. La ideología en el proceso

5.1 Antes de explicar cada uno de los nuevos principios del derecho de familia, es necesario insistir en una posibilidad de actuación inversa a la que desarrolla un principio, pues de acuerdo con la idea que afirma que los principios procesales son"presupuestos políticos" de carácter funcional., admite que ellos se interpreten ideológicamente.

Cipriani afirma que […]:

> "El código de 1940 marca declaradamente un gran vuelco en sentido publicístico. El legislador tuvo el cuidado de suprimir el <<*principio de libertad* al cual se inspiraba el código de 1865>>, por multiplicar los casos de intervención del ministerio público y, sobre todo, por reforzar los poderes del juez en menoscabo de las garantías de las partes, de tal forma que se asegurara que cada causa fuera lo más rápido o conciliada o decidida: en particular, se dijo que, mientras el viejo código disciplinaba el proceso desde el punto de vista de las partes, el nuevo lo disciplinaba desde el punto de vista del juez. Bajo el presupuesto, no manifestado, pero claramente sobrentendido, de que la solución del problema estuviera en neutralizar a los abogados, que serían el origen de todos los males del proceso, y en la certeza –que se reveló, en verdad, injustificada- de que haciéndose así, las cosas en el proceso, habrían sido mejor"[87].

En la misma línea, Montero Aroca compara los principios políticos de la Ley española con el *Códice di procedura civile* italiano de 1940, al afirmar que […]

> "Una ley o un código, sea cual fuere la materia que regula, es siempre expresión de la concepción ideológica propia de la sociedad en que se hace y de la sostenida por los responsables políticos que lo hacen. Nada extraño podría tener que una ley promulgada en la Alemania nazi y que regulara el proceso civil respondiera en su esencia a la concepción política propia del lugar, del momento y de sus autores, lo mismo que un código procesal de la Rusia soviética asumiría la esencia de la concepción comunista de las relaciones entre lo público y lo privado. En sentido contrario, un código como el alemán de 1877 no podía dejar de tener una base liberal, dentro del nacionalismo y del centralismo del Imperio, y por ello, aún después de todas las reformas sufridas a lo largo de casi un siglo, no podía mantenerse en la ex República Democrática Alemana… […] Cualquier persona razonable y con experiencia no llegaría ni siquiera a cuestionarse que un código promulgado en Italia y en 1940 tiene que tener una base ideológica fascista y

[87] Cipriani, Franco, *Batallas por la Justicia Civil,* Cultural Cuzco, Lima, 2003, p. 52.

> que el mismo no puede estar elaborado sobre la idea liberal y garantista de la tutela de los derechos de los ciudadanos, sino sobre la preponderancia de lo público sobre los intereses de los súbditos. Siempre esa persona podría llegar a cuestionarse el grado de autoritarismo que se alcanza en el código, pero no la base autoritaria del mismo"[88].

5.2 Esta mirada histórica refleja la época con las ideas, lo que es correcto con dicho emplazamiento; sin embargo, aunque la impronta quede impresa con el mote que se pretende estigmatizar (código autoritario), lo cierto es que la dirección formal del proceso paso a manos del juez sin que ello fuera suficiente para convertirlo, definitivamente, en un dictador de las reglas.

Obsérvese, por ejemplo, que cuando Estados Unidos recibe la influencia inglesa en sus instituciones, en materia procesal significó asumir un sistema extraño pero valioso al mismo tiempo, como explican Hazard y Taruffo.

> En efecto, "el origen y fundamento del proceso civil americano se hallaban, en un sistema tan extraño como valioso. El proceso de *common law* era extraño, en la medida en que había evolucionado para hacer frente a los problemas de la justicia civil en la Inglaterra feudal y post-feudal, pero después se había implantado en América, es decir, en un país en trance de construcción que nunca había conocido el feudalismo. Y este proceso también se consideraba valioso, porque su conservación era una de las justificaciones para derrocar el régimen colonial inglés. Este dualismo puede explicar cómo el proceso civil americano ha conservado muchos elementos procesales ingleses pre-modernos, dándoles la consideración de derechos constitucionales"[89].

Ese dualismo entre autoridad en el proceso y autoritarismo ideológico no es más que una afirmación carente de realidad práctica, pues las partes no padecieron sacrificio alguno en el sistema para debatir en igualdad y equilibrio; lo que sí cambiaron fueron algunos principios (no todos); se alteraron pocas reglas (como el pretendido tránsito de la escritura hacia la oralidad); pero jamás se perturbaron las garantías. Es más, éstas se consolidaron con el control y la aplicación jurisdiccional.

---

[88] Montero Aroca, *El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritaria*, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 2004, nº 6, ps. 15/50. También en *Proceso civil e ideología*, cit., ps. 134/5.

[89] Hazard, Jr., Geoffrey C. – Taruffo, Michele, *La justicia civil en los Estados Unidos*, traducción de Fernando Gascón Inchausti, Thomson – Aranzadi, Navarra, 2006, p. 25.

5.3 Hoy día, se han ampliado notablemente los deberes de la jurisdicción y, en su consecuencia, los límites de la llamada tutela judicial efectiva no se sostienen únicamente en el respeto por el derecho de defensa en juicio. Precisamente, esta lectura de vanguardia conspira contra el modelo clásico de la estructura procesal y abre brechas que resisten el ímpetu de estas realidades que emergen del reclamo social antes que de una ilusión teórica sin fundamentos.

Por ello, el modelo tradicional que discutió si el proceso era solo cosa entre partes donde el juez asistía al debate para luego definir con su sentencia el derecho aplicable a uno u otro; y la renovación que trajo la llamada publicización que le asignó al tribunal mayores poderes y deberes, obligándolo a dirigir el conflicto para encontrar la verdad real antes que la confirmación de una u otra de las versiones de las partes; entre ambos modelos existen aproximaciones y diferencias que conviene informar para que a nadie lo tome por sorpresa esta supuesta afectación a la Constitución Nacional y sus principios.

No obstante, debe quedar en claro que si hablamos de garantías constitucionales, en definitiva, no hay más garantía que el proceso judicial porqué será éste el que en definitiva persiga la consagración de los derechos y libertades que trae la Ley Fundamental.

CAPÍTULO VI

EL PRINCIPIO DISPOSITIVO

1. Nociones generales

1.1 Hace mucho tiempo atrás, David Lascano dijo que el principio dispositivo o "derecho de disposición", tenía un valor importante en todos los países civilizados, pero como su interpretación no era uniforme, resultaba preciso aclarar su concepto y determinar sus alcances para ver hasta dónde se podía conciliar con la "publicización" del proceso que, por entonces, era otro principio que hacía camino y pugnaba por imponerse[90].

La relación entre principio dispositivo y publicización del proceso civil (cuyo significado explicamos más adelante) fue una alerta para los juristas que presenciaron el cambio. Veamos porqué:

1.2 En la consideración del principio de *disposición* u *oportunidad*, surgen varios brocardos romanos: *ne eat iudex ultra petita partium; nemo iudex sine actore; ne procedant iudex ex officio; secundum allegata et probata iudex iudicare debet.* Con ellos se estableció una clara pauta: el juez actúa únicamente a petición de parte interesada, y por ello debe abstenerse de obrar por sí (de oficio) determinados hechos, aunque no impliquen modificar la demanda[91].

La disposición alcanza a los sujetos contra los que se acciona y al emplazamiento que el juez ha de resolver, sin poder traer al litigio a quienes no fueran sujetos demandados. Al tener que fallar conforme lo pedido y probado, se agrega el *principio de congruencia* entre la pretensión y la sentencia definitiva. De este modo, el pronunciamiento definitivo se debía referir a lo reclamado por las partes; nunca menos, diferente o en demasía.

---

[90] Lascano, David, *El principio dispositivo en el proceso moderno,* Revista de Derecho Procesal (dirigida por Hugo Alsina), 1951-2, 1 y ss., Ediar, Buenos Aires.

[91] Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Tomo 3, Cárdenas, México, p. 60.

El problema fue que no siempre el principio dispositivo quedó circunscrito en los límites previstos, porque a veces se lo replegó al principio de "aportación de parte" (que se relaciona con los hechos alegados y la carga de la prueba sobre ellos), y en otras quedó alterado con las interferencias que generó sobre la congruencia procesal y el alcance subjetivo de la cosa juzgada.

En otros términos, la cuestión "política" o "ideológica" del principio dispositivo fue señalar como participaba el Estado (a través de los jueces) en la contienda particular y privada, de manera que la respuesta osciló generando la polémica entre pertenencia del proceso (cosa absolutamente de las partes), o el interés jurídico a tutelar (interés público siempre presente, aun en los conflictos particulares).

1.3 Así se llegó a plantear si "lo dispositivo" era una regla pensada para las partes; o si estaba destinada a organizar la intervención del Estado en los asuntos que fueran de su interés. En uno y otro caso, el principio de congruencia quedaba inmerso en las posibilidades de cada cual (o se reducía al marco de las peticiones; o se ampliaba a otras situaciones amparadas en la extensión de dar a cada uno lo suyo *haciendo justicia*).

Por eso, esta ambivalencia propia de la política científica y, también ideológica, vinculó al "*tipo procesal dispositivo*" con los sistemas liberal-individualistas, y el "*tipo procesal inquisitivo*" con las formas autoritarias de gobierno[92]; y más recientemente Montero Aroca encuentra que esa no es una relación comparable, al sostener que cualquier ley o código, sea cual fuere la materia que regula, "es siempre expresión de la concepción ideológica propia de la sociedades que se hace y de la sostenida por los responsables políticos que lo hacen"[93].

De esta manera al llevar la discusión al campo de las ideas, sostiene el profesor de Valencia, hay que tener en cuenta el sentido que ocupa el "liberalismo individualista", es decir, la libertad de empresa en un mercado libre y su relación con el derecho de propiedad, pues ello supone que el proceso civil se asienta en el "principio de oportunidad", por cuanto lo determinante de la iniciación del proceso es la voluntad del

---

[92] Díaz, ob. cit., p. 339.

[93] Montero Aroca, Juan, *Proceso Civil e Ideología,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 134.

ciudadano, el cual decide, atendiendo a razones de oportunidad, el acudir o no al proceso para impetrar la tutela por el Estado de su derecho[94].

Para comprender mejor donde radica el conflicto es necesario puntualizar el origen de los cambios.

2. Del proceso individual al proceso desde la perspectiva del Estado

2.1 La concepción establecida en las primeras codificaciones procesales fue absolutamente pensada para tutelar el derecho subjetivo del individuo que requería la actuación judicial. Es la impronta que tenía el derecho privado del siglo XIX donde todo giraba en derredor del derecho de propiedad, por eso, no había acción sin derecho, porque quien reclamaba algo ante la justicia debía ser dueño del derecho pretendido.

Es cierto, también, que la famosa polémica entre Windscheid y Muther dio nacimiento a las teorías sobre la acción, permitiendo desde entonces elaborar principios procesales para la iniciación de la instancia y reglas para resolver quienes podían estar, o no, en juicio. De este modo, no importó en más analizar la persona que pide ante la justicia

---

[94] Montero Aroca, *Proceso Civil e Ideología,* cit., p. 141. También, en esta línea, dice Cipriani, que el gran mérito de Klein fue aquel de individualizar el aspecto sociológico–económico del instituto del proceso (...). La disciplina del proceso austriaco fue la primera entre aquellas relativas a los ordenamientos procesales modernos en basarse efectivamente en el hecho de que el proceso es un fenómeno social de masas y que debe ser reglamentado como un instituto de bienestar. Queriendo examinar de cerca el pensamiento y el proceso de Klein debe decirse que éstos están basados en dos grandes postulados que refleja el pensamiento de Sprung: *a*) las controversias entre los particulares son "males sociales" (*soziale Übel*) relacionados con pérdida de tiempo, dispendio de dinero, indisponibilidad infructuosa de bienes patrimoniales, fomento del odio y de ira entre las partes litigantes y de otras pasiones fatales para la convivencia de la sociedad; *b*) el proceso, en la medida en que bloquea los bienes en espera de la decisión, incide en la economía nacional, en cuanto que toda causa altera la pacífica colaboración, rompe ordenados nexos económicos, bloquea valores y los distrae de la ordinaria circulación. La sociedad tiene, de todos modos, un gran interés en sanar lo más rápidamente posible tales heridas sobre su propio cuerpo. De estos postulados el gran procesalista y guardasellos austriaco extraía con toda coherencia algunos corolarios: el interés del legislador a que aquellos "males sociales" que son los procesos tengan una definición rápida, poco costosa y simple, posiblemente en una única audiencia; la necesidad de que el legislador no admita que el poder de conducir el proceso sea dejado en las manos de las partes privadas; y la exigencia, en fin, de que el proceso sea oral y que el Estado, a través del juez, asuma desde el principio la responsabilidad del funcionamiento del proceso y que vele por una individualización rápida de la verdad, exenta de complicaciones. Compendiando el pensamiento de Klein, dice Baur (*Potere giudiziale e formalismo del diritto processuale,* en *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile* 1965, pág. 1689): «el proceso será racional y conforme al concepto moderno de Estado sólo si la defensa del derecho consistirá efectivamente en la concesión de la asistencia del Estado, no sólo con la sentencia, sino desde la primera fase del proceso» (Cipriani, Franco, *En el centenario del Reglamento de Klein (El proceso civil entre libertad y autoridad),* Bari, Italia, Publicado en la *Rivista di diritto processuale*, 1995, ps. 968/1004).

(cuestiones de legitimación y personalidad) sino ver los efectos que producía el primer movimiento realizado ante los jueces: la acción.

La estricta utilización del *nemo iudex sine actore,* con referencia a quien puede promover una demanda; y el *ne procedat iudex ex officio,* respecto a la prohibición judicial para hacerlo, dejaron asentado que jamás podía ser el juez quien abriera la defensa de un interés particular; con ello se echaron bases para la teoría de la legitimación procesal.

El principio dispositivo, en consecuencia, no fue sólo un estándar para la iniciación del proceso, sino un derrotero a seguir en la concepción absolutamente privada del proceso judicial. Esto equivale a sostener que, si únicamente los particulares pueden activar la función jurisdiccional, son también ellos, solamente, quienes pueden indicar el objeto de la actuación que se pide: la pretensión.

2.2 Desde esta visión, el único que tiene posibilidades de ampliar el marco de conocimiento es el demandado, estableciendo en la relación jurídica procesal el *ne eat iudex ultra petita partium.* No puede el juez resolver en forma distinta a lo que se le pide (principio de congruencia).

Este pensamiento tomaba fundamentos de la teoría de la relación jurídica procesal, donde son partes quienes tienen derechos que le corresponden y contraponen entre sí para que sea el juez un dirimente de razones.

Si este planteo se observa con perspectiva de juicios familiares, pronto se advierte que no siempre es visible y claro que el conflicto se pueda resolver con reglas dirimentes de razón y justicia, aplicadas con los límites de alcance a los sujetos que intervienen en calidad de partes, o de la congruencia que acota la dimensión de la sentencia a dictar, o con el efecto de la cosa juzgada que se proyecta solo a quienes han sido justas partes.

2.3 El llamado paso del "procedimentalismo" (proceso guiado únicamente por reglas técnicas, que llevó a la denominación del derecho procesal como derecho puramente adjetivo, o herramienta de los derechos materiales) al "procesalismo" (establecimiento dogmático de la ciencia a partir de teorizar sobre la acción, la jurisdicción y el proceso), modificó significativamente el principio individualista que

tenía al proceso como una lucha entre partes, donde el principio de legalidad (el juez es la boca de la ley) impedía al tribunal (salvo raras excepciones, como en la justicia de equidad) interpretar las normas y aplicarlas en un marco diferente al pensado para la generalidad.

La justicia del caso concreto, más allá de traer consigo el interrogante de la creación del derecho desde las sentencias, y con ello, el ardid de señalar al juez como legislador, fue una revolución en el pensamiento jurídico europeo del siglo XX.

El juez, antes mecánico aplicador de la ley, comenzaba a actuar con poderes funcionales y con una autoridad propia tomada de las reformas procesales, donde el Código Italiano de 1940 (vigente desde 1942) fue un puntal del cambio.

El paso anterior había sido la creación de los Tribunales Constitucionales que impedía que los conflictos sobre garantías fundamentales pudieran llegar a manos de un juez ordinario, cuya función exclusiva era resolver controversias entre particulares[95].

La "publicización" significó aumentar los poderes de conducción del juez[96] en un conflicto privado; pero al mismo tiempo, delineó un cuadro de competencias donde al

---

[95] De nuestra parte, hemos insistido fervientemente en que estas modificaciones son trascendentes para implementar la noción de debido proceso, pero teniendo muy presente, que el fenómeno Europeo no se puede traer a América y aplicarlo sin variación o ajuste alguno. Esta diferencia es muy notable en la actividad jurisdiccional, pues mientras un juez Europeo solo resuelve controversias en el marco de un litigio entre partes (donde aplicará los principios del proceso, del procedimiento con sus reglas, además de las garantías constitucionales pertinentes), solo será esta su función, pues el conflicto constitucional no le pertenece, tampoco la controversia administrativa, menos aún el conflicto regional, sencillamente, porque la división jurisdiccional en Europa es estricta e implementa claramente en el juez ordinario una sola obligación: *aplicar la ley.* En cambio, el juez americano, y sobre todo, el de Latinoamérica, reúne en su función todas esas competencias (al llegar a su despacho tiene el amparo constitucional, la impugnación de un proceso licitatorio, la revisión judicial del acto administrativo, y siempre aplica un mismo código y alguna que otra ley reglamentaria que no afecta el sistema de enjuiciamiento). Por eso, hay que tener muy en cuenta que cuando se debate sobre los principios y las garantías, el tema de la "confianza" en los jueces es más que un discurso de apoyo ideológico; es una idiosincrasia de nuestros pueblos que no quiere dejar en organismos no jurisdiccionales el control de constitucionalidad; y porque ello es así, el aumento de los poderes del juez es algo natural que debe equilibrarse con las garantías del debido proceso para evitar cualquier atisbo autoritario o arbitrario (Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho Procesal Constitucional - Debido Proceso,* Rubinzal, Buenos Aires / Santa Fe, 2004, ps. 13 y ss.).

[96] "El fenómeno de la publicización se ha basado -entiende Benabentos- en una gravísima confusión entre las facultades materiales y las facultades procesales de dirección del proceso. Una cosa es aumentar los poderes del juez respecto del proceso mismo (en su regularidad formal, en el control de los presupuestos procesales, en el impulso, por ejemplo) y otra, aumentarlas con relación al contenido del proceso y de modo que pueda llegarse a influir en el contenido de la sentencia" (Benabentos, Omar Abel, *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*, Juris, Rosario, 2001).

En alguna medida, el garantismo no cuestiona la dirección procesal que se manifiesta en acciones propias del impulso procesal, el control de la conducta de las partes, las facultades disciplinarias, el control de la admisión formal y sustancial de la demanda, la regularidad de los presupuestos procesales, entre otras facultades generadas por la publicización. En cambio, se opone rotundamente a que el juez

magistrado europeo se le dio la tarea central de resolver controversias sin poder extender su actividad a otras funciones propias del juez americano, como era y es, el control de la constitucionalidad de las leyes[97].

2.4 Esta no es una diferencia baladí, sobre todo si tenemos en cuenta que en América hemos resuelto adoptar la línea procedimental de los códigos europeos, particularmente las viejas leyes de enjuiciamiento civil española (con su impronta del juez del principio de legalidad) y, en materia constitucional, optamos por confiar en los jueces (no en Tribunales especiales) para concretar la fiscalización del principio de supremacía constitucional.

Esta característica se tornó mas clara después del impacto y repercusión que tuvo la justicia constitucional en Europa, pero no impide advertir la función que ejerció el juez en los procedimientos. Antes que neutral era un espectador del litigio; un mero árbitro que aplicaba las reglas del juego. En cambio, la dirección del proceso comulgó una aspiración por una justicia más efectiva; más cercana con los hechos reales que debían suscitarse y con mayor injerencia en el control de los presupuestos procesales.

Empero, la conducción material del proceso fue duramente criticada, porque se creyó que convertía al magistrado en un *juez dictador*, característica de Estados autoritarios donde el predominio del principio de investigación o de aportación de hechos

---

se entrometa en el material litigioso, en la investigación de los hechos, en la determinación de prueba no ofrecida por las partes, en la declaración de la existencia de un derecho que no tenga previa contradicción, en la inversión de reglas procesales como la carga de la prueba (cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Problemas actuales del Derecho Procesal. Garantismo vs. Activismo judicial,* Fundap, Querétaro <México>, 2002, ps. 23 y ss.)

[97] Explican Hazard y Taruffo que, en la tradición pre-moderna se consideraba que la ley era la voz del rey, y que el proceso representaba la justicia del rey. Esta misma concepción tiene su reflejo en el positivismo jurídico, tal y como lo expuso Kelsen respecto de la cultura europea continental y Austin respecto de la inglesa. El positivismo jurídico sostiene que la ley es mandato, pero ¿cuál es la naturaleza del poder del que emana? La filosofía jurídica ha formulado al menos dos respuestas generales a esta cuestión. Una de ellas consiste en concebir la ley como un mandato que procede del Estado, y es la predominante en la tradición cultural europea. La otra respuesta, que prevalece en la tradición cultural del *common law* y en particular en su versión americana, consiste en concebir el Derecho como una directiva que expresa el consenso común del cuerpo político. En la concepción del Derecho como proveniente del Estado, la legitimidad de la ley depende esencialmente de la legitimación de la fuente de la que ésta trae su origen…[…] La concepción americana del Derecho y de la función del juez es muy diferente. No existe ningún concepto de <<Estado>>: en los Estados Unidos el término <<Estado>> se refiere a las cincuenta unidades que conforman el sistema federal…[…] El Derecho existe al margen de cualquier otro poder o autoridad, y es comprensible para cualquier ciudadano, puesto que todos ellos crean el Derecho…" (Hazard, Jr., Geoffrey C. – Taruffo, Michele, *La justicia civil en los Estados Unidos*, traducción de Fernando Gascón Inchausti, Thomson – Aranzadi, Navarra, 2006, ps. 86/7).

se asienta en el mismo órgano jurisdiccional. La preocupación fue elocuente en Europa, acostumbrada si se quiere, al juez autómata, simple aplicador de la norma sin poder interpretarla.

2.5 No se nos escapa que esta lectura puede ser correcta para los conflictos constitucionales, pero en las controversias privadas son los hechos los que señalan el poder de conducción de los jueces. En éstos, una vez más, el principio dispositivo estableció que sólo las partes podían enunciar las circunstancias a resolver, sin que pudiera el juez agregar hechos no invocados, alegados ni mencionados.

No obstante, la publicización trajo una innovación en este sentido. Algunos dijeron que el cambio de visiones (si la misión del proceso no se analizaba desde el litigante que pide, sino por la jurisdicción que actúa) entrañó la desprivatización absoluta del proceso, ingresando no sólo en terreno de lo puramente adjetivo, sino también, en cuanto ocupa al derecho subjetivo (o material)[98].

Con ello el rol del juez pasó a ser de *director* del proceso. Característica que potencia sus poderes de iniciativa y dirección. Respecto a la instrucción se confirma el papel activo que le toca asumir en el proceso, confiriéndole una amplia potestad para controlar los presupuestos de admisión de la demanda; así como desarrollar el curso de la instancia desde el impulso con sus propias decisiones.

En líneas generales, se robustece el juzgamiento más que la composición, esto es, se dota al juez de poderes y deberes que no se pueden, por vía de principio, apartar del cuadro que las partes concretan en sus escritos postulatorios[99].

---

[98] Barbosa Moreira refiere a un "neoprivatismo" en el proceso civil (*Proceso Civil e Ideología*, Montero Aroca <coordinador>, cit., ps. 199 y ss.).

[99] Quizás sea Clemente Díaz quien, con prudencia y agudeza, muestra las proyecciones que tiene el principio dispositivo sobre las actuaciones procesales. Es evidente que tomar el principio acotado a la sola característica de promover la acción, significa tener al proceso como un contrato entre partes, porque precisamente la voluntad individual es la que se considera. Por ello, decía, el problema consiste en determinar la *extensión y los límites de los poderes y facultades del juez y de las partes.* En este sentido, el postulado del poder de iniciativa no interesa tanto el primer acto de puesta en marcha del aparato jurisdiccional como sí la implicancia que ello tiene para fijar la extensión y la amplitud de la tutela jurídica (la llamada fijación del *thema decidendum,* y su correlato en la posibilidad de establecer el conocimiento del tribunal de primera y segunda instancia <<*tantum appellattum quantum devolutum*>>). A su vez, concluye Díaz, el postulado de la conducción del proceso implica que el juez solo actúa por rogación; y también, desde lo dispositivo queda determinado quienes son partes y cuáles los hechos a juzgar; radicando en el postulado de la investigación una variación imprudente que trae el tipo inquisitorio al proceso civil (cfr. ob. cit., ps. 342 y ss.).

3. Las dudas del principio dispositivo

3.1 Se ha planteado que el uso de estas facultades provoca cierto conflicto con la imparcialidad, porque si el juez conduce el proceso, y con los poderes que la dirección le otorga, adopta resoluciones que pueden influir en el resultado final de la causa, es evidente –se afirma- que afecta la igualdad de trato y consideración de las partes.

> Alvarado Velloso insiste que el desequilibrio transforma al juez en parte, porque aun sin quererlo, genera acciones que confunden el rol director convirtiéndolo en protagonista indeseado en un conflicto que es sólo de dos[100].
>
> Sin embargo, pese a la aparente verdad de tal afirmación, ello sería cierto si el juicio solamente fuera producto de versiones contrapuestas donde el juez no tendría más que una función puramente formal reducida a dictar sentencia, aplicando la ley y convencido por quien ha utilizado mejor el derecho de defenderse (la famosa alocución de Savigny, según la cual el derecho es el arma que inviste al guerrero, de manera que si es una herramienta, el que mejor la usa gana en la lucha, aunque no tenga razón)[101].

3.2 En este contexto, la polaridad ideológica arroja posiciones diametralmente opuestas; sencillamente porque la perspectiva que se tiene en el problema, se focaliza desde ángulos distintos. Mientras unos quieren que el proceso dispositivo sea aquél que las partes promueven y desarrollan con sus tiempos y sin intervención activa del magistrado; los otros, sostienen que el juez "no es un convidado de piedra" sino el director del proceso, y como tal su función es dinámica y predominantemente activa.

De todos modos, la duda principal queda implícita en el significado que tiene el principio dispositivo. Porque ya no estaría referido, únicamente, al señorío de promover actuaciones judiciales, sino a modificar el objeto a tutelar desde la intervención de los jueces. ¿Es esto cierto?

---

[100] Cfr. Alvarado Velloso, Adolfo, *La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento,* ponencia presentada en el XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal (Bogotá, 2005); también en *Proceso Civil e Ideología*, Montero Aroca <coordinador>, cit., ps. 217 y ss.).

[101] El abandono de la regla procesal que tiene al proceso como una lucha, o un duelo, para usar la expresión de Barbosa Moreira, está explicada con suma claridad por el eximio profesor carioca (ex presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal). El espíritu de competición ya no es propio del litigio, porque no es la justicia una teoría deportiva ni se puede resolver sobre la belicosidad de los ánimos (Barbosa Moreira, José Carlos, *Duelo e processo,* en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Año 2 nº 3 [2003], p. 25).

El interrogante parte de una realidad: el procedimiento se divide entre versiones, donde las partes aportan su propia lectura, demandando del juez una singular interpretación sobre los efectos que piden y reclaman, como derivados de esa subsunción de hechos en el derecho. Así las cosas, la cuestión pareciera centrar en las potestades judiciales que se tienen para interpretar los hechos que las partes alegan sin poder ampliarse el cuadro de circunstancias a otros que, por aplicación de principios y presupuestos preadquiridos, quedarían fuera del ámbito litigioso.

En síntesis, el principio dispositivo afirmaría la soberanía de las partes sobre los hechos, y las potestades judiciales se implementarían, únicamente, para que el juez resuelva el derecho aplicable.

3.3 Sin embargo, esta afirmación ratifica la línea que ve en el proceso una lucha entre partes donde el deber jurisdiccional es aplicar la ley (*iuris – dictio*), estableciendo un vencedor y un derrotado. Prácticamente, volver a esta consigna que, en pocas líneas reproduce la máxima: dadme los hechos que aplicaré el derecho (*narra mihi factum, dabo tibi ius*), es un contrasentido con el avance hacia un proceso público, en el que las potestades judiciales no pueden quedar postergadas por las alegaciones interesadas de las partes.

Si esta perspectiva la aplicamos al proceso de familia, quedará sin verse que hay otro camino que se relaciona con la función constitucional del juez. Donde podemos estar de acuerdo es que, el principio dispositivo, es más que el poder de iniciar el proceso, porque instala el quid de resolver los hechos que originan el conflicto y quienes son los legitimados para aportarlos a la causa.

4. La misión constitucional del juez y el principio dispositivo

4.1 Nosotros, no queremos centrar las dudas en una cuestión de *principios*; sino analizarla desde la misión constitucional que tiene el juez en el proceso. Vale decir, analizar el problema desde las *garantías*.

Los europeos continentales clásicos sostenían que la función del juez era aplicar la ley sin mirar a quien; debía resolver las controversias humanas y nunca entrometerse en cuestiones de inconstitucionalidad presunta de las leyes, o de ejercicios arbitrarios del

poder de gobierno, porque no eran ellas actividades que pudiera concretar. Si lo hacía, invadía el campo del Tribunal Constitucional; si controlaba la legalidad de la conducta administrativa, se inmiscuía en una jurisdicción especialmente reglamentada para esa tarea.

4.2 Por su parte, los americanos no hemos aceptado esta idea afincada en la limitación de la actividad de la magistratura, sencillamente porque nuestro esquema para el control de constitucionalidad es jurisdiccional, en el sentido de poner en manos de los jueces la fiscalización del principio de supremacía de la Norma Fundamental. Y ello lo puede hacer no solo en los procesos constitucionales específicos, sino además, en cualquier procedimiento donde la crisis constitucional sea manifiesta, por ejemplo, los conflictos familiares.

Es lógico así que "nuestros jueces" tengan una dimensión de funciones aumentada a la que sirven los magisterios del viejo continente, y es plausible que no se recorten esas potestades por cuestiones puramente técnicas, desde que no puede ser el proceso entre partes una contienda donde puedan quedar socavados, justamente, la misión constitucional que vienen dados a cumplir.

La reducción del problema ideológico al poder de dirección formal, por más que se focalice como violación del principio de bilateralidad y contradicción, no tiene asidero ni lógica.

> Chiovenda, en sus "*Principios*" formuló la afirmación siguiente: "En el proceso se desarrolla una función pública y ésta es la *actuación de la ley,* o sea del derecho en sentido objetivo. Este es el fin del proceso, no la *defensa* de derechos subjetivos, como muchos afirman"[102]. Por eso descartó de plano el argumento por el cual se dijo que la finalidad de todo juicio es resolver conflictos entre partes, sean de actividad o de voluntad, "porque tales conflictos se dirimen también fuera del proceso (agente que impide robar a un ladrón, alcalde que ordena la demolición de una obra que se opone a los reglamentos municipales)"[103].

Además, la diferencia entre interpretar y aplicar la ley no es tan rotunda como para convertir al juez en legislador, porqué -siguiendo a Chiovenda-, "como juez actúa la ley

---

[102] Chiovenda, José, *Principios de Derecho Procesal Civil,* Tomo I, traducción de José Santais y Santaló, Reus, Madrid, 1977, p. 95.

[103] Ibídem, p. 99.

según la interpretación que su cultura le sugiere, y precisamente la tendencia más autorizada en el método de adaptación histórica quiere que la función del Juez esté preparada para cualquier hipótesis nueva de la ciencia jurídica"[104].

4.3 Una parte de la doctrina ha dicho que esta es una expansión del principio dispositivo, solo que, para hablar de una extensión del principio tenemos que observar dos situaciones. Una, centrada en la posibilidad de alterar la regla de iniciación del proceso; y otra, para ver si el juez puede trabajar sobre hechos que no llegan de las alegaciones de las partes.

En el primer caso, podríamos regresar al tiempo de las discusiones sobre el "principio dispositivo" y el "principio inquisitorio", que en esencia constituye la raíz ideológica del antagonismo. En el otro, para resolver cuáles son los hechos del proceso, que trae a colación otro principio: el de *aportación*.

Los efectos implican, asimismo, otras repercusiones, por ejemplo, resolver si en el marco de la pretensión y la resistencia donde se ubica el principio de la congruencia procesal, es permeable o inflexible con lo anterior.

En todo caso, las respuestas deben ser prudentes porque, el principio dispositivo difícilmente pueda modificar la llegada al proceso de causas que no sean iniciadas por el interés particular de quien las motiva (aun cuando sea el juez quien tome conocimiento del entuerto, no sería él quien pudiera promover la causa)[105]; y el alcance de la sentencia, sea por el objeto o por los sujetos, puede afectar otras garantías, como la defensa en juicio (tercero alcanzado por la sentencia); la irrazonabilidad (pronunciamiento que falla cuestiones no propuestas); o, la cosa juzgada (con sus límites precisos).

---

[104] Ibídem, p. 104.

[105] Ya Calamandrei dijo que una jurisdicción ejercida de oficio repugnaría, por una razón psicológica antes que jurídica, al concepto que modernamente nos hemos formado de la función del juez, el cual, para conservarse imparcial, debe esperar ser llamado y limitarse a hacer justicia a quien la pide; de suerte que, si nos dijeran que un magistrado, sin ser solicitado por nadie, se ha puesto en viaje para ir en busca de entuertos a enderezar, nos sentiríamos llevados a considerarlo, más bien que como un héroe de la justicia, como un monomaníaco peligroso del tipo de Don Quijote o del legendario zapatero de Mesina. Mientras la justicia sea administrada por hombres, la omnipotencia del Estado no podrá destruir la necesidad lógica y psicológica (especialmente imperiosa en la fase de cognición) de confiar a los diversos órganos aquellas dos actividades complementarias pero bien distintas, hasta el extremo de no poder ser confundidas sin reducir la justicia a un pueril soliloquio, que son respectivamente, la función de preguntar y la de responder, la de proponer un problema y la de resolverlo, la de denunciar un entuerto y la de repararlo (Cfr. cita de Lascano, ob. cit., p. 3).

4.4 Al estudiar el principio dispositivo, David Lascano aclaró que […]

> "Desde luego el principio de la *oficialidad* contraría la regla *ne procedant iudex ex officio* formulada por el derecho medieval y que ha sido aceptada como un dogma por la doctrina y la jurisprudencia. La prohibición impuesta al juez de proceder sin petición de parte, es una consecuencia del *nemo iudex sine actore,* aunque con mayor alcance, porque rige para todo el procedimiento, en tanto que éste es válido principalmente para el acto inicial del juicio. Pero su misma amplitud admite la posibilidad de algunas excepciones; sólo que tales excepciones deben estar justificadas, o mejor dicho, no deben afectar la naturaleza del proceso"[106].

¿A qué se refería con la frase *algunas excepciones*? Evidentemente no fue intención del autor eludir el cerrado principio de la iniciativa (o derecho de acción), sino de ofrecer desde los poderes de dirección y saneamiento en el proceso (propios del publicismo o de la *publicización*) una actividad jurisdiccional propia destinada a mejorar la eficacia de la función.

En esta línea se agruparon los controles sobre los presupuestos procesales, la depuración del objeto a resolver, la iniciativa probatoria, y algunas extensiones del principio de congruencia, como veremos más adelante[107].

En consecuencia, el poder de conducción del proceso jamás podía significar la oficialización del principio dispositivo ni la reversión hacia un proceso inquisitivo. Esta diferencia puede encontrarse en la iniciación del proceso penal, donde por razones absolutamente fundamentadas, no se puede esperar de la acción privada la actuación punitiva del delito.

Por ello, se interroga Guasp […]

> "Pero si la oficialidad del proceso depende, en último término, de la presencia de un interés público al que el Estado concede garantías especiales en cuanto a la efectividad de su satisfacción, inmediatamente surge ante nosotros la dificultad de saber cuando nos

---

[106] Lascano, ob. cit., p. 10.

[107] Agregó Lascano que, para llegar a esta conclusión era preciso determinar si tales poderes invaden o no la esfera de los derechos privados, o si por el contrario, se mantienen en terreno propio. Sosteniendo que, la cuestión se resuelve determinando el grado de relación en que se encuentran esas facultades con respecto a la litis y al proceso. Si inciden o influyen sobre el "fondo del asunto", indudablemente que afectan el derecho de los litigantes, porque el conflicto de intereses, atañe a ellos solamente; si, por el contrario, no se dirigen al material del juicio sino que se refieren al procedimiento, no salen de la órbita en que deben ejercer su función, porque, como órgano de la jurisdicción, debe tener lugar prominente en la conducción y vigilancia del proceso (ob. cit., p. 12).

> hallamos ante un interés de aquella clase y, sobre todo, si no es posible que en materias de orden exclusivamente civil aparezca también aquél interés que el Estado trata de salvaguardar. ¿Cómo hacer compatibles estos casos con la subsistencia de la regla *nemo iudex sine actore* que deja a la iniciativa extrajurisdiccional el planteamiento de cuestiones cuya solución preocupa al Estado?"[108].

La duda tuvo respuestas rápidas e inteligentes que no confundieron la división de aguas perfectamente trazada por la lógica y la experiencia. Vale decir, el principio inquisitivo propio del régimen penal, y la iniciativa privada, particular del proceso civil, eran perfectamente compatibles desde que no significan los principios estar en oposición, sino tan solo, indicar el lugar y el sujeto que realizaba el aporte de los hechos a la causa.

4.5 No obstante, la polémica se abrió sobre aspectos imposibles de circunscribir en la polaridad que se presenta. Es decir, se ha pretendido calificar la función del juez como "inquisitiva" o "autoritaria", por el hecho de ejercer una actividad más comprometida con la eficacia institucional y singular del proceso.

De este modo, sostiene Alvarado Velloso que, el sistema inquisitivo de enjuiciamiento está inserto en casi toda América latina desde siempre (aunque algunas veces notablemente disfrazado de *dispositivismo atenuado* en lo civil), y espera de los jueces que lo practican un esforzado *averiguamiento de la verdad* de lo acontecido en el plano de la realidad social (más allá de lo que los propios interesados -las partes procesales- quieran sostener o confirmar al respecto) para lograr *hacer justicia a todo trance en cada caso concreto.* A este efecto, aplican sus *facultades-deberes* (¿?) de producir oficiosamente la prueba del caso ordenando al efecto *medidas para mejor proveer* o actuando directamente en forma oficiosa[109].

> Con mayor énfasis Cipriani hace responsable a Franz Klein del aumento de los poderes del juez y llega a sostener que nunca nadie ha pensado, ni piensa, que las partes deban dirigir el proceso, tanto es así que –afirma- " […] con nuestro viejo código, la dirección correspondía al juez y no ciertamente a las partes[110]. Pero, parece evidente que, una cosa

---

[108] Guasp, Jaime, *Juez y Hechos en el proceso civil,* Bosch, Barcelona, 1943. Recopilado en *Estudios jurídicos,* edición al cuidado de Aragoneses Pedro, Cívitas, Madrid, 1996, ps. 2797.

[109] Trabajo presentado por el autor al XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal, Arequipa (Perú), octubre de 2005.

[110.] Ver, en efecto, Diana, *Le funzioni del presidente nel processo civile,* Milán 1911, I, p. 13 y ss. Es cierto que aquí se confunde la dirección con el impulso de las partes. Por ejemplo, Hazard y Taruffo, *La giustizia civile negli Stati Uniti,* Bologna, 1993, pp. 101 y 105, al relevar que el juez americano

es dar al juez los poderes estrictamente necesarios, y no por ello poco vastos[111], para dirigir el proceso y otra muy distinta es establecer que el juez pueda hacer todo aquello que considere oportuno[112] o, peor aún, que en el proceso civil no se pueda mover un dedo sin el permiso del juez[113] […] "Y, en efecto, confirmando el equívoco que se encuentra en la base del pensamiento de Klein y de sus secuaces, puede observarse que es al menos forzado sostener que el juez, en los ordenamientos liberales, sea un «rey madero»[(*)] o, como también se ha llegado a decir, una «marioneta», un «títere»[114], una «grabadora automática»[115], un sujeto -en suma- que dicta sentencia sin siquiera saber por qué lo hace, «como un autómata que, activado por el peso de la moneda que cae, emite un dulce o un boleto de entrada»[116]. El juez, siendo aquél a quien le corresponde juzgar, es la persona más importante y más temida del proceso, aquél frente al cual las partes -y sobre todo los abogados- se han siempre inclinado y siempre se inclinarán, por lo que no se ve cómo se

---

normalmente «se limita a responder los argumentos de las partes», afirman que el juez, en los países del *common law,* sería sólo un árbitro en posición neutral y esencialmente pasiva y tendría un papel de segundo plano en la conducción del proceso. No creo que sea así: también en esos países el proceso está dirigido por el juez; es el impulso del proceso lo que queda en manos de las partes.

[111]. Cfr., Raselli, *Il potere discrezionale del giudice,* II Padova 1935, p. 190, el cual, con el viejo código, llegó a notar que nuestro juez, contrariamente a lo que se sostenía, tenía una miríada de poderes directivos discrecionales.

[112]. Se piense, por ejemplo, en el art. 118 del C.P.C., en virtud del cual el juez puede ordenar la inspección corporal de un tercero. Vale decir, por si eventualmente no quedare claro, que en un proceso civil entre Ticio y Caio, ¡el juez puede ordenar la inspección corporal de Sempronio! La norma, por suerte y naturalmente, no se ha usado nunca, pero nos hace estremecer. Pese a ello, hay quienes la consideran insuficiente pues si el tercero rehusare ser inspeccionado, sólo puede ser condenado a una multa no superior a las diez mil liras (Cappelletti, Mauro, *Libertà individuale e giustizia sociale nel processo civile italiano*, (1972), en *Giustizia e società,* Milán 1972, p. 34, que escribía cuando la multa no podía superar las ocho mil liras, pero que no considera que en 1940 el techo de la multa fue fijado en dos mil liras, que en esa época era un patrimonio).

[113.] Para dar sólo un ejemplo, los arts. 169 C.P.C. y 77 de las Disposiciones de Actuación, quieren que las partes, para retirar el propio expediente de la secretaría [*cancelleria*], deban pedir permiso (con papel timbrado) al juez. En esta línea, se sostiene que nuestro código, lejos de ser antiliberal y autoritario, estaría inspirado en una concepción privatista del derecho y del proceso civil (así, Cappelletti, *Libertà individuale*, cit., p. 33 y ss), más precisamente en la ideología liberal que gusta a los abogados (así, Denti, *Processo civile e giustizia sociale,* Milán, 1971, p. 19).

[(*)] «*Re travicello*» en el original, haciendo referencia a una conocida poesía satírica de Giuseppe Giusti (1809-1850), poeta del «risorgimento» italiano. La poesía hace referencia a un madero enviado por Júpiter para reinar en un estanque de ranas, que por ser de madera, era ciertamente inofensivo, inactivo y tolerante con sus «súbditos» (las ranas): obvia metáfora del soberano moderado (T).

[114.] Así, Sprung, *Le basi,* cit. p. 31.

[115] Andrioli, *Il nuovíssimo progetto di riforma del processo civile,* en *Diritto e giurisprudenza* 1947, p. 24.

[116] Chiovenda, *Le riforme,* cit., p. 385. De «autómata» habla también Segni, *La riforma del processo civile e le sue direttive,* (1924), en *Scriti giuridici,* I, Torino, 1965, p. 309.

pueda seriamente compararlo con los fantoches[117] y con las maquinillas automáticas[118]. Por otro lado, el que, el juez civil pueda (y deba) juzgar sólo a instancia de parte es otro –civilizadísmo e insuprimible- discurso[119] [120].

4.6 Tales posiciones ideologizan el proceso y desnaturalizan el concepto natural del principio inquisitivo. Acentúan en las circunstancias históricas la pretendida pérdida de libertades que se dio con el paso del proceso hacia la conducción del juez, sin dejar de mencionar para la ocasión, la intención política de los autores que actuaron en las reformas del sistema. Por eso, acusan a Klein, perdonan a Chiovenda (muerto en 1937) y señalan a Calamandrei como ideólogo principal.

En tal sentido simplifica Montero Aroca al concluir que, "en la actualidad y en la mayor parte de las regulaciones positivas se ha atribuido al juez la dirección formal del proceso. El juez se ha convertido en todos los ordenamientos civiles en quien dirige el proceso, bien entendido que esa dirección se refiere a las que antes hemos llamado facultades procesales, bien en lo atinente al control de la falta de los presupuestos procesales de los que depende, si no la existencia del proceso, sí la validez del mismo, bien en lo que atiende a hacerlo avanzar de una fase a otra en la dirección que conduce a la sentencia. En este sentido no hay oposición a que el juez controle los presupuestos procesales, en cuanto de la concurrencia de los mismos depende la validez del proceso y la posibilidad de que se dicte sentencia sobre el fondo del asunto, o a que al tribunal se le atribuya el impulso procesal, entendido éste como posibilidad de que, una vez iniciado el proceso por el actor, el procedimiento como cauce formal de la serie de actos se desarrolle por los pasos previstos en la norma; más aún, nada se opondría a que sea también el juez, siempre con las partes, el que controle la realización de los actos conforme al principio de legalidad".

"Lo anterior no significa que el juez <<gestione>> el proceso, por lo menos si la palabra gestionar se entiende como sinónima de administrar una empresa, una iniciativa o una

---

[117] En efecto, en el sentido de que en los Estados Unidos (donde, según la concepción analizada en el texto, los jueces serían marionetas) los abogados saben bien que los jueces «no son muñecos», ver, Roberg de Laurentis, *La difesa del povero in America,* Milán 1957, p. 43.

[118] De hecho, en el sentido de que ya Gnaeus Flavius advirtiera que los jueces no son maquinillas automáticas, Calamandrei, *Il processo como giuoco*, (1950), en *Opere giuridiche*, cit., I, p. 539.

[119] Es significativo que el mismo Cappelletti, que años atrás había dicho estar complacido de que en los países comunistas hubieran «dejado de lado el principio de la demanda» (Ver, *Ideologie nel diritto processuale,* cit*.,* p. 18), haya ahora cambiado de opinión (Ver, *Dimensione della giustizia,* cit*.,* p. 162).

[120] Cipriani, Franco, *En el centenario del Reglamento de Klein*, Bari, 1995, passim

actividad influyendo de modo determinante en su desarrollo. Se trata sólo de ejercer unas facultades de dirección formal, sin influir en el que pueda ser el resultado del proceso"[121].

5. La aportación de los hechos por las partes

5.1 Centremos, de ahora en más, el eje central de la polémica entre estas ideologías que observan al juez como un auténtico interesado en la gestión eficaz del proceso. Que persigue trabajar sobre verdades antes que actuar con ficciones, teniendo para ello poderes suficientes para inquirir y resolver en consecuencia; enfrentado al que asiste al litigio conduciéndolo de manera formal, porque solo del interés de las partes depende el impulso y la confirmación de las alegaciones que llevan a la certeza judicial.

Para ello hemos de compartir con Pico I Junoy que la ideología social emergente en el siglo XX, lleva consigo en Europa y América latina, el fenómeno de la "socialización" del proceso civil (sin darle a la palabra connotaciones políticas, aunque pueda ser ideológica) que, con el objetivo de incorporar a los clásicos principios del liberalismo determinadas exigencias del Estado Social de Derecho, pone de manifiesto la distinción entre objeto del proceso y proceso como instrumento idóneo para alcanzar la efectiva tutela, por parte del Estado, de los intereses litigiosos[122].

Precisamente, una de las consecuencias más importantes que se dan después de esta renovación, asienta en los poderes de dirección del juez civil que, sin hacer mella al principio dispositivo, puede ocuparse del principio de "aportación de parte", según el cual es potestad de cada litigante indicar los hechos sobre los que recaerá el objeto del proceso.

5.2 Ahora bien, principio dispositivo y principio de aportación de parte no es la misma cosa. Mientras uno se vincula con el tiempo y las personas que pueden requerir la tutela jurisdiccional; el segundo se relaciona con la autonomía de las partes para llevar al proceso los hechos y las pruebas de que intenten valerse[123].

---

[121] Montero Aroca, *Proceso civil e Ideología,* cit., p. 308.

[122] Pico i Junoy, Joan, *La iniciativa probatoria del juez civil y sus límites,* Revista Peruana de Derecho Procesal, nº 2, marzo, 1998, p. 17. También en *El Juez y la prueba*, Bosch, Barcelona, 2007, ps. 99 y ss.

[123] En este sentido compartimos con Montero Aroca que […] "tradicionalmente dentro del principio dispositivo se han venido confundiendo dos principios distintos, aunque complementarios: el principio dispositivo en sentido estricto, esto es, la disponibilidad que las partes tienen sobre el interés privado y la conveniencia o no de acudir al órgano jurisdiccional pretendiendo su satisfacción y, en segundo lugar,

Con el primero se conecta el "principio de oportunidad" que suele establecer diferencias entre la naturaleza de los intereses que se llevan a juicio. Mientras los intereses públicos deben actuarse de oficio por el principio de necesidad; los intereses privados son de exclusiva pertenencia del titular a quien se le atribuye el derecho subjetivo y la voluntad para actuar.

Con el segundo, en cambio, se debate, entre otras cuestiones, sobre la posibilidad de la iniciativa probatoria del juez, la fijación de los hechos controvertidos, el alcance de la cosa juzgada, etc.

De este modo, para concentrar el tema únicamente en la aplicación del principio dispositivo, y en especial, en el momento inicial del proceso al ejercer el derecho de acción, hemos de proyectar nuestra perspectiva sobre las alteraciones que tiene dicho principio en las actuales circunstancias.

5.3 En los procesos de familia suelen aparecer, continuamente, intereses superiores que anidan en la familia, como un todo; o en alguno de sus integrantes que, por su condición, se encuentran en situaciones de vulnerabilidad que la justicia interviniente debe resguardar con medidas especiales.

Además del interés social comprometido, la función judicial tiene deberes indicados sobre la protección que se requiere, sin generar acciones de parcialidad, ni interferir en los poderes disponibles que poseen los litigantes.

La característica no lleva a modificar la naturaleza del proceso, que siendo de corte dispositivo se vuelca hacia lo inquisito. De cuanto se trata es de ver el nuevo entorno y los estándares que se emiten para esclarecer el significado del principio.

Ubicados en las diferencias veremos que hay un llamado a realizar con acciones positivas la tutela judicial efectiva, que comprende el acceso a la justicia, en primer lugar, siguiendo por el desplazamiento de lo dispositivo por la oficiosidad, que decide en cuestiones de economía y celeridad procesal, tal como recomiendan las 100 reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia en condiciones de vulnerabilidad.

---

el principio de aportación de parte, por el que las partes tienen también el monopolio de aportar al proceso los elementos de hecho y los medios de prueba (*Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 63).

Por otro lado, no se debe olvidar que los principios del proceso familiar convocan a la interdisciplina, y no abandona el camino de la autocomposición o las vías alternas para solucionar los conflictos.

Quizás las mayores dudas se den en el punto siguiente.

6. ¿Puede el juez iniciar el proceso?

6.1 La fórmula romana que impide al juez promover de oficio una causa judicial (*ne procedat iudex ex officio*) consecuencia natural de la regla por la cual no hay juicio sin actor (*nemo iudex sine actore*), son preceptos muy poco discutidos.

> Sólo por mencionar alguna de las tantas legislaciones que tienen esta guía, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española dice en su exposición de motivos que, […] "sigue inspirándose en el principio de la justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus razonables consecuencias, con la vista puesta, no solo en que, como regla, los procesos civiles persiguen la tutela de derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos, a los que corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso, sino en que las cargas procesales atribuidas a estos sujetos y su lógica diligencia para obtener la tutela judicial que piden, pueden y deben configurar razonablemente el trabajo del órgano jurisdiccional, en beneficio de todos".

Una consecuencia previsible del principio dispositivo es que la persona que pide debe señalar, precisamente, qué quiere (pretensión) y qué espera de la jurisdicción (sentencia favorable), argumentando con pruebas y razones los fundamentos que tiene la demanda.

Hasta aquí todo es lógico y no admite reparos ni observaciones. Es una derivación obvia aplicada al proceso civil donde se debaten intereses y conflictos de pertenencia privada. El problema aparece cuando la naturaleza del tema excede al derecho subjetivo y trasciende la controversia singular. Los temas familiares (discutibles serían los de contenido patrimonial) son de orden público.

6.2 Un ejemplo hipotético sería: ¿puede la suegra promover el divorcio de su hija? Obviamente NO, sin embargo, el derecho de acción lo tiene, pero el juez, en ejercicio de potestades procesales que le son propias, podrá repeler de inmediato semejante pretensión, directamente improponible por carecer de legitimación.

Pero ¿qué sucede si entre los argumentos señala que los hijos del matrimonio han sido abandonados por su padre y están en situación de mendicidad, desnutridos y un sinfín más de atrocidades? ¿Rechazará de oficio la demanda y hará oídos sordos a los motivos? ¿Pensará que solo la madre tiene el "derecho subjetivo"? ¿Es un interés totalmente privado el que se presenta?

Está claro que la hipótesis es descabellada, pero en la dinámica de ver el cambio, hay una variable en el criterio que tiene el derecho subjetivo como derecho de pertenencia única e intransferible que puede ser analizado dejando de lado la corriente tradicional.

Claro resulta que el reclamo tiene dos caras: la pretensión de divorcio que es improponible; y la denuncia implícita que puede o no ser derivada por el juez hacia el correspondiente carril de actuación.

El primero es un derecho indisponible para quien no tiene la propiedad del derecho material (ser cónyuge); el segundo es un interés público que merece la "actuación de la voluntad legal" para hacer uso de un término de la doctrina Chiovendiana.

6.3 ¿Podrá el magistrado actuar de oficio en este tipo de intereses? En los procesos constitucionales americanos (no es igual en Europa que tramitan ante jurisdicciones especiales como son los Tribunales Constitucionales) la iniciativa de oficio siquiera podría ponerse en duda, si razonamos como Couture al decir:

> "No parece posible hablar de inconstitucionalidad de la ley procesal por exceso de garantías a favor de la persona humana. No debe descartarse que tal cosa ocurra, en aquellos casos en que el exceso de garantías haga ilusoria la certeza del derecho; pero no es esa la situación que ha creado problemas en el ámbito de la experiencia jurídica. En cambio, puede hablarse de inconstitucionalidad de la ley procesal por ausencia de garantías para la persona humana"[124].

Un caso evidente es la inconstitucionalidad que se decreta de oficio (*iura curia novit*); o la admisión de pretensiones fundadas en derechos difusos o colectivos donde la titularidad individual no se puede precisar.

> Bidart Campos fue pionero en esta senda aperturista que hoy renovamos. Decía el maestro que, "una cosa es decidir en la sentencia que quien en su pretensión sustancial alegó un

[124] Couture, Eduardo J., *El "debido proceso" como tutela de los derechos humanos,* La Ley (Argentina), tomo 72 p. 808, sec. Doctrina, Buenos Aires, 1953.

> derecho suyo no tiene la titularidad de ese derecho; o que quien fue señalado como demandado carece de relación jurídica que lo grave con un débito frente al actor; o que debe darse prioridad a un derecho que en la escala axiológica es superior al invocado por el actor; y otra cosa, harto distinta –y en principio disvaliosa- es resolver el rechazo de la pretensión so pretexto de que quien la articuló no ostenta legitimación (si es que tal denegatoria se escuda superficialmente en alguno de aquellos *slogans* ya citados: carencia de interés concreto, propio, inmediato, y diferente al de cualquier otro sujeto). […] Estamos aludiendo directamente a los casos en que, sin tipificarse un claro derecho subjetivo o un interés legítimo, el justiciable ha fundado su pretensión en un interés difuso, o colectivo, o compartido con otros, o igual al de otros o, acaso, usando terminología del actual artículo 43 de la Constitución, un derecho de incidencia colectiva en general"[125].

La renovación de las leyes que regulan las relaciones de consumo admite llamar a la litis a quienes la sentencia puede alcanzar, ya sea para constituirlo en parte o fiscal de la ley (caso del Ministerio Público) o para controlar el régimen de ejecución y cumplimiento de la condena (v.gr.: intervención de las asociaciones de protección de los derechos de usuarios y consumidores).

Estos son apenas ejemplos de un cambio en el tratamiento del principio dispositivo, aun cuando sea bueno aclarar que, no tratamos de confundir al lector proponiendo que el proceso se inicie desde la jurisdicción, sino mostrar como la teoría de la legitimación procesal que se funda en la pertenencia exclusiva del derecho subjetivo ha quedado en desuso, permitiendo al juez abrir las puertas del tribunal a la pretensión material suficientemente motivada sin importar el estudio de la personalidad procesal, que, en todo caso, se verá al tiempo de dictar sentencia.

Con gran inteligencia se afirma que […]

> El derecho de familia está ampliamente imbuido por el orden público, y de ahí que también pueda hablarse de un punto de tensión en cuanto al derecho consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional (del cual se deriva la autodeterminación, privacidad e intimidad familiar), y los casos en los que se torna necesaria la injerencia e intervención estatal en aquella intimidad familiar, en virtud de la imperatividad y obligatoriedad de las normas jurídicas que caracterizan a la institución referida, máxime cuando exista transgresión o peligro de quebrantamiento de los derechos de personas en situación de vulnerabilidad, como es el caso de los niños o adolescentes, al igual que sucede con las víctimas de violencia familiar, doméstica o de género. Sin embargo, dicha

---

[125] Bidart Campos, Germán J. *El acceso a la justicia. El proceso y la legitimación*, en "La legitimación", libro homenaje al profesor Doctor Lino Enrique Palacio, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 19.

> tensión debe ser superada mediante una comprometida, prudente y especializada intervención jurisdiccional que tienda en tiempo y forma a establecer lo que mejor se traduzca para la satisfacción en cada caso sometido a decisión, del interés superior del niño y al mismo tiempo, de la protección integral de la familia y de las personas en condición de vulnerabilidad[126].

7 Alcances del principio dispositivo en materia de familia

7.1 Decía la profesora Angelina Ferreyra de de la Rua que […]

> Los tribunales familiares cumplen una función jurisdiccional diferente a la del juez ordinario. Se rigen por normas de organización y procedimiento especiales que regulan las vías atendiendo a la naturaleza de la cuestión y proveyendo además al cumplimiento de una función docente que le es inherente y no escapa a la propiamente jurisdiccional sino que la complementa. La misión de los jueces de familia ha de se de ser pacificar el enfrentamiento, clarificar las posiciones de las partes y ordenar conductas a partir de la fijación de ciertos puntos. La legislación debe ser adecuada para el mejor cumplimiento de sus fines y a ese efecto poner atención en el respeto de sus caracteres específicos. Para que existan tribunales especializados, es imperativo preservar la exclusividad de su competencia, la extrapatrimonialidad y a la especial idoneidad de los operadores[127].

La especialidad del fuero y la idoneidad de los operadores que allí actúan es indiscutible, pero el principio dispositivo que se alienta en esta materia, no parece encontrar el mismo camino.

La cuestión asienta, esencialmente, en el aporte de los hechos y en la fijación del objeto a determinar. Por ejemplo, si ambos padres separados vincularmente disputan la responsabilidad parental exclusiva, no queda espacio de duda para caracterizar al procedimiento como controversial y contencioso, que tranquilamente podría quedar resuelto con aplicación de los principios generales de la teoría procesal.

Sin embargo, la materia familiar puede ser vista con una perspectiva distinta a la bilateralidad pura y a la contenciosidad estricta. Además, hay un sujeto (los menores de edad) que están interesados directamente en el caso, pues son ellos los alcanzados por la cosa juzgada, más allá del deber judicial de oírlos, hacerlos protagonistas y considerar

---

[126] López Cardoso, Gonzalo A. – Vázquez, Oscar Orlando, "*Actuación oficiosa del juzgado. Breve análisis de la cuestión del desplazamiento y morigeración del principio dispisitivo en los procesos de familia",* en Fundejus.org.

[127] Ferreyra de, de la Rúa Angelina - Bertoldi de Fourcade María Virginia, *Régimen procesal del Fuero de Familia*, Depalma Buenos Aires 1999, p. 16 y ss.

sus opiniones en la decisión definitiva. Supongamos, siguiendo el caso, que el hijo del matrimonio desavenido dijera que él no quiere quedar bajo la responsabilidad de uno u otro padre, sino de la abuela con quien vive y tiene su centro de vida.

¿Cómo opera en este caso el principio dispositivo?

7.2 Cuando afirmamos que los caminos a tomar pueden ser distintos, sucede al confrontar los modelos legislativos que se pueden ilustrar con las tendencias encontradas.

En efecto, por un lado, están quienes sostienen que la etapa de proposición (demanda y contestación) se debe dejar en manos de los litigantes. Se afirma que son ellos los sujetos en conflicto y los obligados a probar con las reglas del proceso familiar (debe hacerlo quien está en mejores condiciones para confirmar sus derechos). Son las partes quienes construyen el marco litigioso y no puede el juez apartarse de ello, debiendo en su oportunidad, determinar el objeto a probar y convocar a quienes puedan quedar alcanzados por una sentencia hipotética.

No obstante, señala Masciotra que […]

> Si bien como regla la puesta en marcha de la actividad jurisdiccional corresponde a los interesados mediante la interposición de la demanda, el Código Civil y Comercial (Argentina) confiere diferentes atribuciones al juez, tales como facultarlo a restringir la capacidad para determinados actos (art. 32); en materia de tutela, debe proveer de oficio lo que corresponda, cuando tenga conocimiento de un hecho que motive la apertura del trámite (art. 111, párr. 3º), ordenar oficiosamente la rendición de cuentas (art. 130) y la remoción del tutor (art. 136, párr. último); requerir de oficio en los procesos de divorcio se incorporen elementos para analizar la propuesta regulatoria de sus efectos (art. 438, párr. 3º); decidir la prueba genética *post mortem* o exhumación del cadáver, según las circunstancias del caso (art. 580); iniciar el proceso de adopción (art. 616); otorgar el cuidado compartido del hijo en la modalidad indistinta (art. 651)[128].

En este orden se mantienen los que esperan que se formalice la *litis contestatio* para darle inmediata intervención al mediador o conciliador para que junto con las partes y demás sujetos interesados, procuren alcanzar una solución pacifica que podrá no quedar encorsetada por el principio de congruencia.

---

[128] Masciotra, Mario, *Principios generales en los procesos de familia,* El Derecho, ediciones del 17 y 18 de noviembre de 2020, SAIJ: DACF200248.

Tambien conservan la disponibilidad del derecho de acción y el aporte de los hechos de la causa, las leyes que alojan en el interesado el derecho de alegar y probar, aun cuando desde que la controversia queda establecida, el juez o tribunal asuma el impulso, la dirección, el deber de presencia ineudible en las etapas probatorias, y demás acciones propias de la particularidad del sistema.

7.3 En el *common law* el caso planteado como hipótesis de trabajo, se resolvería de manera muy diferente. Aquí la determinación del objeto reina por su precisión, es decir que el juez tendrá que prescindir de la diferencia entre custodia legal (que, por vía de principio, tienen ambos cónyuges), de la custodia sola (entendida está como la tenencia física conjunta determinando el porcentaje de tiempo que el hijo puede estar con cada progenitor). La propuesta puede haberse acordado previamente y homologarse con la decisión, y en caso contrario, en audiencia se oirá a los comparecientes para después resolver. El criterio no son las alegaciones sino los "mejores intereses" para todos los comprometidos.

Esta especie de audiencia para fijar los hechos litigiosos o establecer bases de acuerdo, es la idea que se consagró en algunas legislaciones argentinas (provincia de Buenos Aires) que establecen una etapa previa antes de concretar la demanda. La idea que se formula tiende a no desvirtuar el vital objetivo de pacificar los conflictos familiares.

> Es necesario entonces, crear una etapa preliminar, donde la intención manifiesta, es la de qué órgano judicial brinde una estructura especializada, con flexibilidad de formas, con gran ausencia del ritual debate, y en donde se busque sustancialmente, a través de quienes gozan del aval científico inherente, las causas que generan estos conflictos, dando adecuada solución y en caso de no poder brindarla en esa instancia, plasme con nitidez el camino a seguir para arribar a la misma. Tratándose de situaciones irreversibles, debe educar a los partícipes sobre la forma de conducirse en el futuro para evitar males mayores, para obtener la paz individual de cada uno de sus componentes, y en suma, la del grupo afectado. Piénsese que muchos de los problemas familiares, de merecer la atención debida, se revierten. Que es factible advertir el surgimiento de nuevos o futuros conflictos y que éstos, tomados a tiempo, pueden evitarse. Que muchos congéneres frente a situaciones conflictivas de pareja, conciente o inconcientemente, utilizan a sus hijos como instrumento de venganza y que, tratados oportunamente, tales procederes pueden encauzarse, a fin de evitar serios daños a sus descendientes, y con el objeto de que ello

> no constituya estigma imborrable y en muchos casos, causa originante de sus fracasos en uniones futuras.
>
> En resumen, a veces con el mal en ciernes, otras con el mismo recién en sus comienzos, muchas con la escisión irreversible pero con la posibilidad de evitar males mayores, la tarea del Poder Judicial debidamente dotado con personal de nivel científico y en actuar interdisciplinario, antes de llevar las cosas a la situación extrema de la demanda, resulta de indudable valor y eficacia, pudiendo satisfacer plenamente la faz terapéutica no solo mediante el diagnóstico, sino implementando las soluciones factibles materializándolas, o bien sentando las pautas a seguir a través de comportamientos o tratamientos futuros de los componentes[129].

7.4 En estos modelos queda claro que el principio dispositivo no puede funcionar con la rigidez que significa su tratamiento en la teoría general del proceso. Aquí significa que lo dispositivo tiene dos facetas: 1) lo *disponible de las partes* (iniciar el proceso; indicar a los sujetos demandados; ofrecer la prueba; fijar el alcance y contenido de la pretensión; limitar los efectos de la cosa juzgada); 2) lo *indisponible para el juez* (no puede el juez traer al proceso hechos no afirmados; sentenciar según lo alegado y probado por las partes; poner dudas sobre la iniciativa probatoria).

En cambio, el principio dispositivo en los procesos de familia el juez encuentra que tiene deberes y obligaciones que cumplir para satisfacer el principio de protección y responder con los fundamentos de tutelar efectivamente intereses superiores, mucho más, cuando estos se cobijan en derechos de personas vulnerables.

Se modifica así el poder de traer el proceso a todos quienes puedan quedar alcanzados en la solución final del conflicto; precisará el centro de la controversia y la prueba necesaria; indicará quienes serán los obligados a probar y los que han de colaborar en esta tarea de buscar la verdad; concentrará actos y actuaciones en pos de conseguir satisfacer el proceso dentro de un plazo razonable, y obtener con ello el objetivo principal de hacer justicia pronta, expedita y efectiva.

---

[129] Exposición de motivos de la ley 11.453 de la provincia de Buenos Aires (Argentina)

CAPÍTULO VI

EL PRINCIPIO DE ORALIDAD

1. La oralidad como principio político

1.1 El sistema oral o escrito para los procedimientos se puede resumir en ventajas e inconvenientes que muestren en la confrontación, beneficios y perjuicios para quien elija un trámite conforme. No obstante, la sencillez no es tal cuando se escarba en los orígenes del modelo, porque con ella comienza una cuestión de política procesal que excede largamente la simplificación de las reglas.

En efecto, la oralidad fue expuesta por Chiovenda como sinónimo de su pensamiento, claro que acompañada de dos principios más, concentración e inmediación procesal. La línea argumental toma cuerpo en la prolusión de 1901, en la Universidad de Roma cuando refiere a "*las formas en la defensa judicial del derecho*"[130] y sostiene que la abolición de las solemnidades judiciales era una necesidad que podía quedar resuelta con algunos *medios directos*, como la oralidad, la relación inmediata entre la parte y el juez; y *medios indirectos* como la exclusión absoluta de las espórtulas judiciales[131].

En esta oportunidad se avizora la oposición que plantea al procedimiento tradicional, con dilaciones e incertidumbres y propenso a la discusión constante de todos los planteos. En 1906, dos hechos suscitan al unísono la aspiración por la oralidad en los juicios. Por un lado la edición de sus "*Principios*", y por otro, la conferencia dictada en el Círculo Jurídico de Nápoles (11 de marzo de 1906), cuando dice […]:

> "El ideal de nuestro tiempo sería que ninguna litis se perdiese por razones de forma. Más profundo y más grave aparece el contraste entre la dirección del pensamiento científico moderno, enemigo por naturaleza de todo prejuicio, de todo convencionalismo, de todo vínculo en la investigación de la verdad, y los límites de toda clase, positivos y negativos, que se ponen al pensamiento del juez en la investigación de la verdadera situación de hecho en las causas. De un lado, el juez no puede servirse por lo general más que de los

---

[130] Chiovenda, Giuseppe, *Ensayos de derecho procesal civil,* volumen 2, Ejea, Buenos Aires, 1949, ps. 123 y ss.

[131] Ibídem, p. 143.

> medios de prueba que las partes presentan y proponen; algunos medios le están prohibidos enteramente, como el examen testimonial, fuera de ciertos límites; y, de todos modos, no puede hacer uso de ellos sino de acuerdo con determinadas reglas. ¿Qué más? En los juicios más graves no le es dado ni siquiera conocer personalmente a los litigantes, las afirmaciones de los cuales debe juzgar; por otro lado, él está obligado a considerar como verdaderos los hechos confesados, y a juzgar conforme al juramento prestado. La prueba legal tiene siempre un puesto importante en nuestro proceso civil; y el juez, aunque cumpla una función de Estado, es siempre el más pasivo de los funcionarios de Estado"[132].

Queda impreso con este razonamiento una clara y rotunda afirmación: un proceso de formas desnaturaliza el debate entre las partes, en cuyo caso las soluciones deben partir no desde el derecho procesal, sino desde las leyes, porque, en definitiva –se interroga- ¿no es éste un problema entero de la relación entre el Estado y el ciudadano, trasladado al campo del proceso civil? ¿No es el eterno conflicto entre la libertad individual y los poderes públicos?

1.2 Para Chiovenda, los errores que advertía en toda esta legislación eran: excluían completamente la publicidad y la oralidad y toda inmediata relación entre el juez y los litigantes; el sistema quedaba dominado por el poder dispositivo de las partes; los estadios procesales se sostenían en la contestación, la réplica, la dúplica, la tríplica, la cuadruplica, debiendo el demandado, sin embargo, producir todas sus excepciones al mismo tiempo, sin poder el actor deducir en la réplica nuevas circunstancias y pruebas. Se conservó también la sentencia probatoria del derecho germánico, aunque el pleito quedaba dividido en dos partes: una destinada a las *afirmaciones*, que terminaba con la sentencia ordenando la prueba; y otra destinada exclusivamente a las *pruebas* que terminaba con la sentencia definitiva.

La crítica que expresa en la introducción de los *Principios* tiene un sentido y dirección. Chiovenda estaba elaborando una renovación del proceso civil imaginando un sistema diferente al tradicional, emparentado con la filosofía del "Código de Klein" de Austria, pero distinto en la dimensión de los poderes y deberes jurisdiccionales[133].

---

[132] Ibídem, p. 167.

[133] A principios del siglo XX el ascendiente de la Ordenanza procesal austriaca era muy grande, y generaba resistencias en quienes mantenían con el peso de su autoridad científica los esquemas rituales del código sardo de 1865 que había sido adoptado como ley nacional al realizarse la unidad italiana. Tanto Mattirolo y aún más Mortara (1855-1936), eran hirientes con Chiovenda; el primero porque veía que el fulgor de su estrella se apagaba con el recién llegado, el segundo, porque siendo apenas mayor,

1.3 En efecto, la oralidad podía ser un sistema para el desarrollo de las actuaciones, pero también permitía un control activo sobre el desempeño de las partes, concentraba los actos y reducía la contradicción al mínimo imprescindible, desde que todas las alegaciones debían formularse al mismo tiempo. De este modo, las partes conservaban el poder dispositivo respecto del material (aporte de los hechos), siendo el juez quien asumía el control y la dirección del proceso, antes en manos de los litigantes.

> Al mismo tiempo, la oralidad permitía en el pensamiento de Chiovenda, facilitar el objetivo de todo proceso: la *actuación de la ley.* […] "Este es el fin del proceso, no la defensa de derechos subjetivos, como muchos afirman…sino la actuación de esta garantía que es la ley…La actuación de la ley es el fin constante del proceso, sea fundada o infundada la demanda del actor; la sentencia que la acepta o que la rechaza es siempre actuación de la ley, esto es, afirmación de una voluntad positiva o negativa de la ley. El proceso no sirve a una parte o a la otra; sirve a quien tiene razón, según el criterio del juez"[134].

En suma, la oralidad se emplaza como un sistema político para la gestión judicial. Ella importa elegir más que un modo de expresión, porqué en la práctica supone trabajar con el material procesal (alegaciones, afirmaciones, ofrecimiento de prueba, etc.) que se presenta en la audiencia, sin recurrir a escritos o memorias; a diferencia del modelo escrito, donde el tribunal labora únicamente con el material suministrado por las partes a través de los escritos[135].

2. Evolución de la oralidad

2.1 La instrumentación verbal del debate contaba ya con fuerte presencia en el código de procedimiento civil de Hannover de 1850 (elaborado por Gerhard Adolf Wilhelm Leonhardt) y en Alemania la Z.P.O. lo consagró en 1877, tomándolo como "la piedra angular" de la reforma.

---

sentía que pese a lograr ser reconocido con más lustre que su maestro (Mattirolo) no conseguía doblegar al "joven impetuoso y poco reflexivo" (cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Los protagonistas del derecho procesal. Desde Chiovenda a nuestros días,* Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2006, p. 33).

[134] Chiovenda, José, *Principios de derecho procesal civil,* traducción de la 3ª ed. Emiliana por José Casais y Santaló, Tomo I, Reus, Madrid, 1977, p. 96.

[135] Díaz, Clemente A., *Instituciones de derecho procesal,* Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 314.

Schönke explicó que […]

> "El objetivo de un procedimiento con oralidad plena es muy difícil de alcanzar, pero de considerable importancia. Ha sido puesta de relieve también en el Decreto de aceleración e inmediación en el procedimiento, en donde se dice: *el debate oral es la médula del procedimiento*. Sólo de un debate oral regido por la inmediación y en el que reine la actividad, puede y debe el juez sacar su convicción […]. El requisito de la substanciación oral significa que no puede resolverse sin debate oral a una petición unilateral de la parte ni sin súplica ni debate de ambas partes. Además, sólo puede ser tenido en cuenta en la resolución lo alegado por las partes ante el Tribunal en el acto de la vista. No obstante, es admisible en el debate remitirse a escritos en cuanto no se oponga ninguna de las partes y el Tribunal lo estima pertinente. Concluido el último debate oral, no hay ya posibilidad en principio para escritos preparatorios. Otra cosa sucede si las partes han solicitado una resolución sin vista oral bajo reserva de que por ambas se puedan todavía, dentro de un determinado plazo, presentar escritos. Por lo demás, no pueden ser utilizados como fundamento de la sentencia, escritos que se hayan presentado después de concluir el último debate oral […]. Del principio de la oralidad se sigue también el que la sentencia solamente pueda ser dictada por los jueces que han asistido al debate"[136].

La oralidad se consolidó en Europa hasta llegar a constituir un principio particular (el principio de oralidad) que fue adaptado por las legislaciones emergentes[137]. No obstante, con el paso del tiempo y, especialmente, por la escasa preparación del debate, la oralidad plena fue mitigada permitiéndose la introducción de alegaciones escritas. De este modo el desarrollo actual en Alemania admite alternar entre presentar por escrito las peticiones; requerir la celebración de una audiencia para expresar verbalmente lo que se quiere; y finalmente, puede haber regulaciones intermedias mixtas[138].

2.2 Prácticamente lo mismo sucedió en Italia que, tras la prédica de Chiovenda, finalmente consagrada en el código de 1940, se desvirtúa en 1948 cuando de alguna manera se vuelve al proceso sumario.

Irónicamente dijo Allorio […]

---

[136] Schönke, Adolfo, *Derecho Procesal Civil,* Bosch, Barcelona, 1950, p. 42.

[137] Cappelletti dice que todos los códigos del siglo XX, desde el húngaro de 1911 (obra de Alejandro Plósz), al noruego de 1927, el polaco de 1933, el yugoslavo de 1929, hasta llegar al código federal suizo de 1947 y el sueco de 1948, así como las leyes de países socialistas de Europa, se han basado en el criterio de la relación inmediata y oral del juez con las partes y los otros sujetos del proceso (Cappelletti, Mauro, *El proceso civil en el derecho comparado,* Ejea, Buenos Aires, 1963, p. 54).

[138] Leible, Stefan, *Proceso Civil Alemán,* Dike – Konrad Adenauer Stiftung, Medellín, 1999, p. 141.

> "Ya se sabía todo esto. Que el código de 1940 realiza una forma de oralidad sin inmediación y sin concentración, y por esto mismo, limitada y de reducido rendimiento, no es absolutamente novedad. Es igualmente conocido que el sistema adoptado por el código fue resultado de un compromiso entre exigencias ideales y concretas posibilidades técnicas. Lo *optimum* habría consistido en la instrucción confiada al mismo órgano decisor, al colegio; mas la escasez del personal judicial no permitía realizarlo. Y puesto que, por otra parte, no había encontrado favor la idea del juez único, emergente en los proyectos Solmi, se tomó por una vía intermedia"[139].

En definitiva, lo que sucedió fue que no logró la oralidad una fórmula pura, en el sentido de desenvolver todas las actuaciones en forma verbal y ante el juez de la causa. Hubo preeminencia de lo escrito, o un predominio de la oralidad, recibiendo cada forma la influencia del otro.

> Guasp reconoce justamente que el predominio de la oralidad pareció ser un axioma procesal que fue perdiendo el carácter de indiscutible como alguna vez llegó a pensarse […] "pero no es menos cierto que esta alteración no se debe tanto a un fracaso experimental del sistema, como al deseo de llegar a una combinación de direcciones de la que se espera mayor rendimiento que el que en sí pudiera dar la oralidad"[140].

3. La socialización del proceso civil

3.1 La influencia del modelo de Klein, con las adaptaciones que introdujo Chiovenda, y las modificaciones habidas en los ordenamientos procesales de cada país, pergeñó un cambio filosófico en la forma de mirar el desempeño procesal.

> Dice Cappelletti que la idea es muy simple, "significa que el proceso civil, aun siendo un instrumento dirigido a la tutela de los derechos (normalmente) privados, representa, sin embargo, al mismo tiempo, una función pública del Estado. Tratándose de una función pública –al igual que las funciones legislativas y administrativas- hay que considerar que el Estado mismo, y no solamente las partes privadas, está interesado en un ordenado, rápido, orgánico, imparcial ejercicio de aquella función; que esta interesada, en suma, en realizar e imponer el mejor posible modo de llevar a cabo aquella función"[141].

La consecuencia práctica más evidente de esta idea es la siguiente: que las partes privadas, aun siendo libres de disponer de los derechos sustanciales deducidos en juicio,

---

[139] Allorio, Enrico, *Problemas de derecho procesal,* Tomo I, Ejea, Buenos Aires, 1963, p. 339.

[140] Guasp, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil,* Aguilar, Madrid, 1943, p. 689.

[141] Cappelletti, *El proceso civil en el derecho comparado,* cit., p. 56.

o sea, del objeto del proceso, no son libres, sin embargo (o, por lo menos, no son completamente libres) de disponer a su gusto también del proceso mismo, o sea del instrumento procesal. En otras palabras, las mismas no son libres de determinar a su gusto el modo como el proceso debe desenvolverse.

3.2 El protagonismo del juez era imprescindible en la oralidad, y se proyectó como una ineludible consecuencia del principio de inmediación; a diferencia del sistema escrito decimonónico que pretendió la total neutralidad del juez, ubicado en el desarrollo del proceso solo en la etapa final de decisión.

De todos modos, la inmediación sin oralidad (procedimiento donde predomina el desarrollo escrito) es posible, y anuda en los poderes y deberes del juez la actividad directora que de él se espera; así como en los procesos mixtos, como el llamado "juicio por audiencias" favorece la concentración y el desarrollo verbal de la instancia.

3.3 El planteo de las pretensiones en debate oral no se logró instalar con la eficacia que el modelo tuvo en vista; por eso, la etapa proposicional escrita fue predilecta, dejando lo verbal actuado para la etapa de deliberación probatoria.

Desde entonces, se trata de resolver si es mejor el método que permite al juez analizar directamente los hechos y las alegaciones, oyendo a las partes para dictar posterior sentencia; o si es preferible llegar a esta instancia una vez cumplidas distintas etapas compiladas en el expediente. Va de suyo, que la presentación del dilema ofrece una primera experiencia: no existen procesos absolutamente orales, ni totalmente escritos, pues unos y otros reciben en algún momento pasajes de ambos tipos de expresión.

Por eso, también, el enfrentamiento entre oralidad y escritura diseña una polémica real en torno a derivaciones de sus postulados, más que a la pureza y eficacia que persiguen con sus idealizaciones. En consecuencia, la crisis asienta en los problemas de la inmediación, la concentración y la publicidad, entre otros aspectos; pero el punto neurálgico radica en desentrañar la verdadera naturaleza de uno y otro principio.

3.4 A estos fines puede constatarse que no existen, como anticipamos, procesos totalmente escritos u orales, sino, más bien, procedimientos que mezclan ambos

generando un predominio manifiesto de alguno de ellos. En general la instancia de apertura (demanda) es escrita, como también lo son el responde, las excepciones y defensas. Sin embargo esta característica no es suficiente ni otorga ventajas prácticas para elucidar la conveniencia de optar por un medio para expresar la voluntad.

Lo fundamental debe atender dos cuestiones esenciales: la primera recibe de la actividad procesal el dato que comprueba la adscripción a uno u otro mecanismo, sin comprender que haya oralidad o escritura en el proceso, por el sólo hecho de la forma de instaurar la demanda. Adelantando conclusiones, advertimos que tampoco el tránsito absoluto por la oralidad, en las etapas consecutivas, instalará en ese campo al proceso, toda vez que es posible constatar la presencia de actos escritos en otros ciclos, o en la misma sentencia.

En segundo lugar, resulta contundente como elemento de distinción, ver la incidencia del material suministrado por escrito o recogido en actos para pronunciarse sobre el mérito de la causa. Como el primer componente no tiene respuestas sin fisuras, es conveniente adoptar como temperamento el predominio procesal de uno de los sistemas.

3.5 Descartemos la etapa introductiva para mostrar la condición del procedimiento, dado que si referimos exclusivamente al proceso civil y comercial, no aparece en esta instancia ninguna alegación verbal. La nota definitoria, entonces, escala en la etapa probatoria, y es esta coinciden tres hechos destacables para reconocer la importancia de un mecanismo sobre otro.

La señal más próxima se manifiesta en la forma como va a producirse el acto de demostración, en cuyo caso, el ordenamiento jurídico puede exigir que sea cumplido "en presencia de otras personas, bien sean estas personas los destinatarios finales del acto mismo o no"[142]. Al respecto señala Guasp […]:

> "El principio de la inmediatividad que ofrece particular interés en lo que se refiere a los actos de prueba se muestra más importante en cuanto a su aplicación en un proceso de tipo oral que de tipo escrito, no en el sentido de que en este último no sea posible o conveniente, sino en el que en aquel resulta indispensable para que las ventajas de la oralidad no queden malogradas; esto explica el que, aunque por razones diversas, también

[142] Guasp, *Comentarios*..., tomo I, cit., p. 690.

> haya perdido el principio de la inmediatividad el carácter indiscutible que antes tenía *ex iure condendo*; la división que hoy parece afirmarse entre instrucción y fallo del proceso confiada cada uno a órganos jurisdiccionales independientes, demuestra en efecto, la crisis del principio"[143].

3.6 Seguidamente, el rumbo lo ilumina la secuencia con que se producen los actos, de modo tal que la prueba concita sucesivas actuaciones; o se reúne en un acto de concentración procesal, o se emite de viva voz ante la autoridad encargada de recibirla. De este modo, es dable comprobar en los actos preclusivos la presencia del sistema escrito, tanto como ocurre en la concentración procesal que se expresa mediante actos exclusivamente redactados previamente, o que se levantan en actas circunstanciadas del relato que otros aportan (oralidad actuada). La oralidad estará presente cuando el acceso a la prueba sea inmediata y el tribunal la perciba sin necesidad de memorizarla por escrito.

Finalmente, esta caracterización pondera el tiempo que fracciona el desenvolvimiento de los tipos, porque mientras la oralidad persigue culminar el proceso en el menor número de actos; la escritura conlleva un orden secuencial, preclusivo y ordenado, (generalmente formal) para desarrollar el litigio.

> Bien dice Fairén Guillén que "la oralidad produce la necesidad de evacuar todo el material de la instrucción en una o varias sesiones ante el tribunal lo más próximas posibles, es decir promueve la concentración del material y del procedimiento, hecho posible también gracias a la facultad de interrogación y esclarecimiento de los jueces derivada del principio oficial"[144].

4. La escritura como sistema

4.1 De alguna manera el principio de la escritura en los procesos convalida el criterio de desconfianza en el juzgador. Implícitamente se lo quiere al juez como lector de las prédicas y resolutor de los conflictos. Ha de juzgar sobre la base de los escritos sin entrar en contacto con las partes y menos aun con los testigos y demás partícipes.

Explica Cappelletti que […]

---

[143] Guasp, *Comentarios*..., tomo I, cit., p. 691.

[144] Fairén Fuillén, Víctor, *La elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento*, Revista de Derecho Procesal, 1949-I, p. 185. Ediar, Buenos Aires.

> "la escritura se consideraba casi como un escudo del juez contra las tentaciones y los peligros de la parcialidad. La misma era, en realidad, la barrera, el diafragma que separaba al juez del proceso y de aquellos que del proceso son los verdaderos protagonistas privados: sobre todo, las partes y los testigos"[145].

Lo cierto es que pese a estas características, lo escrito diagramó buena parte de los códigos procesales latinoamericanos, quizás por la influencia de la ley de enjuiciamiento civil española que desalentó con su práctica el modelo oral que contenía.

4.2 El procedimiento escrito se estructura sobre la base de la sustanciación de los actos, lo que supone respetar a ultranza el principio según el cual "debe oírse a la otra parte". Para cumplir con la regla, toda petición que incida sobre el derecho de la oponente debe ser conocida por la otra, quien toma conocimiento a través de medios de comunicación que conservan el acto y lo incorporan al expediente como un documento indubitado (público).

El tipo procedimental argentino corresponde a esta modalidad, otorgando ciertas concesiones a la oralidad en los casos del informe "in voce" que se autoriza a formular ante las cámaras de apelaciones cuando se trata de agravios contra la sentencia definitiva y se ha producido prueba en segunda instancia[146]. En cambio la oralidad, por sí misma, no tiene ventaja alguna si no es completada o integrada con otros principios que la nutren de valor intrínseco.

Lo esencial para la eficacia de cualquier sistema está en la inmediación del órgano judicial, vale decir, en la presencia del juez en la dirección de los actos del proceso. El modelo del proceso por audiencias combina oralidad en las actuaciones con expresiones escritas, debiendo afinar mejor algunas situaciones que debiendo ser totalmente verbales, terminan reflejando lo actuado en actas que vuelcan la forma de expresión en un documento escrito. Este mecanismo conspira con la eficacia que del sistema se espera.

4.3 Las ventajas que presenta la escritura se pueden enunciar:

---

[145] Cappelletti, ob. cit., p. 49.

[146] Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979, p. 270

a) Fija documentalmente la expresión y voluntad de las partes, permitiendo conocer en todo tiempo las manifestaciones de ellas, constatando la evolución del pensamiento y la seriedad de su compromiso hacia la verdad y razón de sus conductas.

b) Admite pensar en la reflexión serena del juez a la hora de dictar sentencia, alejando los peligros de la improvisación y la ligereza.

c) Mediatiza el peligro de la retórica forense y del exceso en la elocuencia con que se expresan quienes hacen de la verborragia la manera común de convencer al justiciable y al órgano judicial.

d) El procedimiento escrito abarata el costo del proceso, aún cuando sea opinable este criterio.

4.4 Los inconvenientes serían los siguientes:

a) La solemnidad exigida para formalizar la presentación de los actos genera el riesgo de desecharlos por no revestir la coloración ritual exigida. Asimismo, el sistema acuñado es lento y fatigoso porque obliga a correr plazos de vistas y traslados con sus tiempos para oír al contrario.

b) La obligación escrita no previene el exceso verborrágico, porque, a contrario sensu, la misma expresión latosa y abundante puede vertirse por escrito, e inclusive, utilizar ese medio para introducir ambigüedad y desconcierto.

c) La realidad práctica reconoce que en el proceso escrito la inmediación es pura esperanza, e ideología, posibilitando la delegación de actos vitales del juicio en los auxiliares de la jurisdicción. Tal contingencia, sobre todo en la etapa de prueba, puede llevar al juez a incurrir en errores cuando valora los hechos y las pruebas, pues la reproducción en actas, habitualmente, no es precisa ni exhaustiva.

5. Ventajas de la oralidad

5.1 De su parte, la oralidad resulta conveniente por estos motivos:

a) Facilita el entendimiento con las partes de una manera franca y directa, eliminado el subterfugio o la habilidad para persuadir sin derecho. La inmediación es el

pilar del principio, imposibilitando la delegación de funciones, que son tan importantes en la prueba.

b) La búsqueda de la verdad cuenta con el magnífico encuadre de la investigación y requerimiento directo, soslayando el sofisma habitual que encierran las audiencias del proceso escrito. Es decir, que para lograr el perfil adecuado, es imprescindible la presencia del juez en las etapas donde comparecen las partes para aportar hechos, pruebas y alegaciones de mérito, so riesgo de vulnerar los beneficios que se obtienen de la proximidad.

Correctamente dice Lascano que […]

> "el lugar que corresponde a la oralidad está en la prueba; cuando no hay prueba la oralidad no es necesaria y ni siquiera conveniente, a menos que se trate de cuestiones simples, fáciles de considerar y resolver de inmediato. La ventaja primordial de la expresión verbal radica precisamente en que constituye un medio que conduce a una más exacta expresión de la realidad de los hechos. Eso es lo que en definitiva destacan los autores de todas las épocas -desde Bentham a Chiovenda-, que han hecho el elogio apasionado del procedimiento oral. La mayor facilidad con que se ha incorporado la oralidad en el procedimiento penal de casi todos los países, se debe en gran parte, a que en lo criminal, el objeto materia del proceso es el delito, vale decir, un hecho material susceptible de probarse. El asunto de derecho, la cuestión legal, constituye algo accesorio, que no llega a absorber el debate sino la excepción. Son los hechos y las complicaciones de los mismos los que atraen la atención y el interés de las partes, el juez y el público, ansiosos todos de llegar al descubrimiento de la verdad; y como el descubrimiento de la verdad es la razón de ser y objetivo primordial de la instrucción, se explica que se utilice el medio m s idóneo para conseguirlo"[147].

c) La oralidad se fundamenta en la desformalización del proceso, porque, parafraseando una cita de Chiovenda […] "la escritura, como dice Sócrates, es cosa muerta. No satisface plenamente nuestra curiosidad, no responde a nuestras dudas, no nos presenta los infinitos aspectos posibles de la misma cosa. En la viva voz, habla también el rostro, los ojos, el color, el movimiento, el tono de la voz, la manera de decir y tantas otras diversas pequeñas circunstancias que modifican y desarrollan el sentido de las palabras; y suministran tantos indicios en favor o en contra las afirmaciones de las palabras. La lengua muda es la elocuencia del cuerpo, valiéndose de la frase de Tulio como más interesante, es también más verídica que las palabras, y puede ocultar menos

---

[147] Lascano, David, *Proyecto de código de procedimiento civil y comercial,* La Ley, 1935, La Plata, 1957.

la verdad. Todos los signos percibidos se pierden en la escritura muda y faltan al juez los argumentos más claros y ciertos"[148].

d) El proceso es esencialmente público, tanto para las partes, como para la sociedad toda, que a su vez conlleva el control público de la actividad jurisdiccional. La publicidad del sistema beneficia la verdad final que se consigue, sea por la depuración que se decanta del material postulado en la etapa introductiva; o bien, de las declaraciones de los terceros allegados a la causa que aún deformando deliberadamente la realidad, puede encausarse por el juez o requerirse las interpretaciones necesarias. Va de suyo, que la "majestad de la justicia", presente y vista por los testigos, elimina toda suspicacia de la falsedad o inducción del deponente.

e) La práctica oral, evita, o por lo menos inutiliza, la "chicana" procesal, porque la conducta obstruccionista tiene respuesta inmediata y solución tempestiva. La ausencia de escrúpulos es una fantasía en la oralidad, con las excepciones que naturalmente la praxis suele ofrecer.

5.2 Sin embargo, la oralidad es resistida y muestra en el paso de la historia estos reveses:

a) Si existe una crisis en la práctica del juicio oral es producto de las necesidades que el sistema requiere. Son inversiones de infraestructura y en recursos humanos que suelen postergarse, convirtiendo la necesidad de aplicación pura, en estructuras judiciales que comparten la actividad judicial en procesos escritos y orales que pocas veces pueden convivir en armonía.

b) Los principales reparos a la oralidad fueron presentados por las asociaciones de abogados, sosteniendo que la instauración de tal tipología arrasa con la cuantificación del trabajo porque obliga a una atención directa, puntual y precisa, con días enteros de dedicación. Por otra parte, agregaron, es una medida que lleva a asociar el trabajo profesional ante la posibilidad de superposición de audiencias, limitando el crédito de honorarios y haciendo, en consecuencia, más oneroso al proceso.

c) La justicia entendió que la oralidad requería una magistratura especializada, o al menos, una preparación previa que los educara en el método. No hay que olvidar que,

---

[148] Chiovenda, *Principios…,* tomo II, cit., p. 132.

de alguna manera, el juicio oral desplaza la evaluación meditada y serena, con la rapidez que exige la inmediatividad. Ambos aspectos fueron anotados señalándose que "el problema de la oralidad-escritura no tiene solución absoluta [...] porque no sólo depende de factores técnicos procesales, sino también de otros, como son la idiosincrasia y la educación social, política y jurídica de los individuos y los pueblos"[149].

Un reexamen del modelo impone considerar los desatinos que han generalizado su desventura. Globalmente la crítica sospecha sobre la verdadera celeridad que ofrece porque, la realidad muestra que los procesos orales son aún más lentos que los escritos.

Constatado ello, la explicación no advierte fallas estructurales del método sino un cúmulo de errores de planificación que no tiene en cuenta el progresivo aumento de causas y la exageraa conservación de actos que debieran ser inoficios en la oralidad.

5.3 Es cierto también, que la oralidad requiere ajustes metodológicos y prácticos, basados en la consecuencia de establecer no un sistema absolutamente puro, sino combinado con la escritura. En efecto, existen pasajes concretos del proceso oral o por audiencias, que necesitan una reeducación funcional.

La rebeldía, la incontestación de la demanda, o la incomparecencia a estar a derecho necesitan evaluar el sentido del silencio en este procedimiento ¿Porqué continuar su trámite, cuando la dinámica de las cargas y obligaciones, habría convertido el litigio, en una cuestión de puro derecho?

La fase probatoria no necesita de reproducciones escritas cuando la actuación puede quedar fgrabadas o se conserva el material fílmico preexistente.

Finalmente, el tiempo para pronunciar el veredicto y dictar la sentencia no deben alejarse del momento de la audiencia central; hasta sería aconsejable que el primero se dijera en el mismo día, a los fines de resguardar el principio de unidad de vista y el rol y protagonismo del órgano.

6. Significado de la oralidad en el proceso de familia

[149]. Fairén Guillén, ob. cit., p. 423.

6.1 La oralidad presentada como principio político demuestra la necesidad de tener al juez presente y activo desde las primeras actuaciones procesales. Además de controlar en la recepción que se cumpla con el principio de legalidad formal, le corresponde verificar en este tiempo, los presupuestos procesales con el fin de evitar eventuales nulidades posteriores.

Estos deberes funcionales fueron los que trataron de impedir que la delegación en otros funcionarios, eludiera el contacto directo con las partes y con el expediente, pero ninguna de estas actividades se debe confundir con el significado de la oralidad en el proceso de familia.

6.2 A diferencia del proceso escrito, el procedimiento verbal quiere el diálogo antes de fijar la controversia; pretende unir la inmediacion procesal con la oralidad como técnica y, al mismo tiempo, observar que ella es el principio rector de un sistema de litigación diferente.

Puede haber una explicación simple a partir de oponer al proceso escrito con el trámite oral, pero sería errado pensar que hay oralidad cuando los actos se realizan de viva voz, en audiencias, y sin piezas redactadas, porqué normalmente, la oralidad pura no existe, al tener que trabajar sobre hechos conocidos y afirmados que suelen quedar reflejados en los escritos constitutivos del proceso. Por eso, la escritura no está desterrada, desde que se localiza en la etapa de postulación y se continúa en las actas que sintetizan los actos realizados.

Estas características insinúan la relación de la oralidad con las exposiciones verbales de todos los sujetos que intervienen en el juicio, dentro de las cuales es imprescindible la presencia del juez (principio de inmediación). Que haya una o varias entrevistas no importa, lo que resulta imperioso es que siempre esté el juez presente.

6.3 Es cierto que una parte de la doctrina propone que esta presencialidad sea obligatoria, únicamente, en la etapa probatoria, dando especial predicamento a la audiencia preliminar a la apertura del juicio a prueba. Estas son exigencias que proyectan desde este acto, la idea que haya identidad física enre quien recibe y valora la prueba, para lograr el razonamiento adecuado al principio de la apreciación en conciencia de la producción probatoria.

Por eso, la oralidad es una técnica unida a la inmediación, que sistematiza el procedimiento por audiencias, que se instruye en formatos que pueden ser diferentes a los tradicionales. Por ejemplo, la celebración en los estrados del tribunal a veces es impracticable e inconveniente; las declaraciones se pueden tomar con medios tecnológicos apropiados y controlados; lo mismo que el uso de la Cámara Gesell, entre otros.

CAPÍTULO VIII

EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN

1. Relaciones de la oralidad con la inmediación

1.1 Con la inmediación se propicia que el juez o tribunal se encuentre en permanente e íntima vinculación personal con los sujetos y elementos que intervienen en el proceso, recibiendo directamente las alegaciones de las partes y las aportaciones probatorias; a fin de que pueda conocer en toda su significación el material de la causa, desde el principio de ella y hasta su culminación[150].

La inmediación, a veces, opera como regla, que se da cuando en las legislaciones se reglamenta que el juez "podrá estar presente", convirtiendo al deber en un precepto de discrecional cumplimiento. De allí que, para evitar estos contratiempos, se une la oralidad procesal con la inmediación necesaria, que como principio significa que será esencial e ineludible en el proceso oral; imprescindible en los juicios por audiencias; y facultativo en los de trámite escrito.

> Eisner sostiene que es un principio porque se trata, precisamente, de una pauta o criterio orientador que procura conformar las normas procesales y de organización judicial de modo tal que obtenga las finalidades que persigue[151]. En cambio, Palacio dice que es un principio cuando se referencia a los procesos orales, porque en ellos el contacto personal y directo del juez o tribunal con todo el material del proceso, es una exigencia que excluye cualquier medio indirecto de conocimiento judicial. Pero en el proceso escrito, no opera como principio salvo que se lo interprete con importantes limitaciones, que al fin de cuentas, observa que la inmediación sólo radica en imponer la presencia del juez en la ejecución de la prueba que se deba recibir en audiencias[152].

1.2 Sin dejar lugar a dudas, Clemente Díaz afirma que es una *regla* o *máxima*, que postula la comunicación personal del juez con las partes y el contacto directo de aquél

---

[150] Eisner, Isidoro, *El principio de inmediación,* Depalma, Buenos Aires, 1963, p. 33.

[151] Eisner, ob. cit., p. 33.

[152] Palacio, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil,* Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 139.

con los actos de adquisición de las pruebas, como instrumento para llegar a una íntima compenetración de los intereses en juego a través del proceso y de su objeto litigioso[153]. Por ello admite que la regla se aplica a los procesos orales como a los escritos siempre que estén reunidas las siguientes características:

a) La presencia de los sujetos (partes) y personas (auxiliares y terceros) ante el juez;

b) La falta de un intermediario judicial entre las cosas y personas del proceso y el juez; y

c) La identidad física entre el juez que tuvo contacto con las partes y el que dictará la sentencia[154].

2. El problema político de la inmediación

2.1 Al juez se lo puede adoptar como una pieza o engranaje del proceso que actúa al tiempo de resolver; o asignándole un rol activo que dirija el procedimiento conforme sus convicciones. Al primero suele llamarse "juez espectador", al restante "juez director", como lo dijimos antes de ahora.

Esto no fue un problema en la historia del proceso, sino hasta el siglo XX. En el derecho romano la relación entre juez y partes era próxima y constante; las actuaciones se cumplían en todas sus etapas (acciones de la ley, período formulario y sistema extraordinario) ante el magistrado, modificándose la costumbre con la influencia de la iglesia, que transforma al proceso en romano – canónico, permitiendo la delegación hacia instructores que recibían la prueba.

En cambio, el fenómeno era desigual en los germanos. El procedimiento no tenía el mismo lineamiento, toda vez que en la Edad Media el sistema judicial fue diametralmente distinto al racional que se elaboraba desde las normas del Imperio, porque dominaban juicios divinos e invocaciones supremas de corte místico. No había procedimientos por cuestiones, sino enjuiciamientos comunes para lo privado y lo público, lo civil o lo penal. Es un proceso entre partes que configura casi una lucha de

---

[153] Díaz, Clemente A., *Instituciones de derecho procesal*, Tomo I (Introducción), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 380.

[154] Díaz, ob. cit., p. 382.

intereses. El trámite es oral y público, completamente ocupado de ritos y solemnidades, muchos de ellos de carácter religioso como fueron las "Ordalías"[155].

Además, contra la sentencia no había recursos, lo que era lógico si consideramos que el fallo era producto de la voluntad divina. La innovación más importante se alcanza en la prueba, que se torna racional abandonando deidades. Estas características restaban importancia a la presencia del juez en las etapas transitadas.

2.2 La Europa continental de los siglos siguientes abandonó la idea del juez presente, descansando la tarea de examinar a testigos y partes en informantes a quienes se delegaba esa labor.

Con la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 la cuestión parece adoptar un cambio. Basándose en las Leyes de Partidas se ordenó que la prueba de testigos se cumpliera personalmente ante el juez, y si éste no podía estar presente, se podía esperar hasta quince (15) días su producción. El art. 33 estableció que: "*Los jueces y ministros ponentes de los tribunales colegiados recibirán por sí las declaraciones y presidirán todos los actos de la prueba*". No obstante, la norma tuvo muchas vías de escape y continuó la delegación operando como regla, sin dar lugar a nulidad alguna.

Focalizada la cuestión en términos de ordenamientos legales, vemos que la influencia española se hace sentir rotundamente en Latinoamérica, que aplica sin diferencias las leyes de 1855 y de 1881 que establecen el sistema escrito, formal y displicente con la inmediación (se la ordena como facultad). Por su lado, quienes siguieron el curso de la Ordenanza Procesal Civil alemana de 1877 generalizaron el uso de la oralidad en sus procedimientos, integrada a los principios de inmediación y concentración.

> Es cierto –dice Eisner- "que bajo el régimen de esta ley la oralidad se llevó a sus formas más exageradas, al punto de no atribuirse valor a ninguna manifestación o petición de las partes si no era objeto de una alegación verbal ante el mismo tribunal, y sólo ésta era

---

[155] La invitación a comparecer ante el tribunal, formulada por la parte demandante ante testigos, se llamaba *mannitio* y era el acto inicial del proceso que, como dice Brunner, era esencialmente público y oral y descansaba por entero en el principio acusatorio, de manera que estaban abandonadas a las partes la iniciación y la continuación del proceso; apareciendo así como su cúspide lógica los contratos procesales entre los litigantes. La autoridad del tribunal era muy limitada y en parte venía a quedar sustituida por la coacción jurídica del formalismo (cfr. *Historia del Derecho Germánico*, Labor, Barcelona, 1936, p. 24).

tenida en cuenta, aunque además se registrara por escrito en el protocolo. Pero de todos modos de allí partió el principio saludable que luego, y en formas más razonables o atemperadas, se consagró en otras leyes procesales de la época"[156].

2.3 Con la Ordenanza austríaca que enseguida hacemos referencia, comienza una etapa nueva en los grandes períodos de formación de modelos procesales. Inicia el llamado "proceso social" que abandona el modelo liberal caracterizado, para todos, por el Código Procesal Civil Napoleónico de 1806[157].

El proceso oral, concentrado o por audiencias fue la idea central de la célebre reforma procesal de Franz Klein, que transformó el llamado proceso común europeo. Las grandes líneas de la innovación se basan en mirar al proceso desde la perspectiva del interés público, sin abandonar la que tienen los litigantes, pero aumentando sensiblemente los poderes del juez respecto de éstos.

El proceso comienza con planteos escritos que concretan el objeto de la controversia; luego, se pasa a una audiencia central (preliminar) que tiene una diversidad de objetivos. La audiencia la dirige el juez, personalmente, incentivando así, notablemente, el principio de inmediación. En el desarrollo debe propiciar fórmulas conciliatorias, examinar y resolver las excepciones pendientes que se hubieran opuesto con relación a presupuestos procesales (principio de saneamiento), debe fijar el tema a decidir y la prueba destinada a forjar la confirmación de lo pedido. Cumplido, la etapa de verificación se realiza en audiencias donde la presencia del juez es inevitable.

Este modelo revirtió el sistema escrito dando paso a la oralidad, cuestión que por aquél tiempo no fue solamente una variación en las reglas, sino una verdadera decisión de política judicial. Es cierto que, el modelo de la justicia civil social no supuso una abolición total del modelo liberal, porque en realidad lo complementa en función de perseguir una mayor concentración de los actos en vías de auspiciar la mayor celeridad

---

[156] Eisner, ob. cit., p. 56.

[157]. Gimeno Sendra, Vicente, *Observaciones al proyecto de ley de enjuiciamiento civil española desde el derecho procesal europeo,* Universidad de educación a distancia, Publicaciones – Debate, nº 2, donde dice que dicho código francés estaba informado por los principios de oralidad absoluta, inmediación, celeridad (a través de la concentración y supresión de instancias) y valoración mixta (tasada y libre) de la prueba, que acabó, a lo largo del siglo XIX, instaurándose en la mayoría de los países europeos (así, por ejemplo, las Ordenanzas de Hannover).

procesal. También lo es que la mudanza de roles del tribunal, antes pasivo, aventuró una polémica que aún persiste.

Además, la doctrina encontró que con este sistema se beneficiaba al principio de la verdad, que excedía en mucho la regla de comportarse en forma leal y honesta, instalando una regla moral en el proceso[158].

Cappelletti, admirador explícito del mecanismo instaurado, sostuvo que […]

> "Esto es un instrumento para el bienestar social. En tal concepción *social* de la justicia, la función del juez deja de ser la de un árbitro apartado que, sin intervenir nunca en la conducción del proceso, se limita a pronunciar la propia decisión al final del duelo jurídico entre las partes. El juez, por el contrario, asume en esta concepción un cometido de guía y de propulsión procesal no solamente *técnica* y *formal* (controlando la observancia de las reglas del *fair play* y el ordenado y rápido desarrollo del procedimiento), sino también *material*. En otras palabras, desde la fase preparatoria del procedimiento, él asume un cometido de carácter *activo* y *asistencial* respecto de las partes, discutiendo con ellas la mejor formulación de las demandas y excepciones, colaborando con ellas en la búsqueda de la verdad, y, en suma, actuando a fin de que la victoria sea de la parte que efectivamente tenga razón y no de aquella que sepa prevalecer en virtud de la propia fuerza económica o por la mayor habilidad propia o del defensor (…). La importancia que, en una semejante concepción social del proceso, viene a asumir el contacto directo y personal, y por consiguiente <oral>, del juez con las partes, no tiene necesidad de ilustración, así como no tiene necesidad, por otra parte, de ilustración los riesgos –de autoritarismos, de arbitrios, de abusos- conexos con una concepción semejante" ([159]).

2.4 En Italia la transformación venía de lejos. La influencia de la ordenanza austriaca fue evidente, pero más pesó la opinión de Chiovenda, quien había dicho que el proceso italiano no era solamente complicado, larguísimo y costoso; sino también un viejo arnés, enteramente inadecuado a las condiciones del tiempo y en contraste marcado con la índole de la función pública a la que está destinado, tal como aparece al espíritu moderno[160].

---

[158] Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Temeridad y malicia en el proceso,* Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2002, ps. 113 y ss.

[159] Cappelletti, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil,* Ejea, Buenos Aires, 1972, p. 81.

[160] Chiovenda, Giuseppe, *Ensayos de derecho procesal civil,* volumen 2, Ejea, Buenos Aires, 1949, p. 177. En este trabajo Chiovenda expone claramente su pensamiento sobre el peso de la oralidad en el proceso y dice […] "No es menos importante el lado social de la cuestión. Con abreviar la litis, con dar

En 1906 había pronunciado una conferencia en Nápoles que él mismo reconoce fue el punto de partida hacia un proceso sobre la base de la oralidad, de la inmediación y de la concentración […]:

> "La justicia en el proceso no comienza con la decisión; con el inicio mismo de la causa se abre un amplio campo a la justicia distributiva. Tampoco las normas judiciales contemplan solamente a los litigantes del caso concreto; las mismas deben proveer de modo que refuercen la confianza de los ciudadanos en la acción del Estado; no sólo como juez sino como poder. Obsérvese todavía: con la idea de que la administración de justicia sea una función de la soberanía, se viene formando lentamente la convicción de que el juez como órgano del Estado no deba asistir pasivamente a la litis, para pronunciar al final una sentencia, como la máquina automática que accionada por el peso de la moneda que cae emite una golosina o un boleto de entrada; sino que debe participar en la litis como fuerza viva y activa. En otros términos, el Estado está interesado, no en el objeto de la litis, sino en el modo como éste se desarrolla. Y este simple principio contiene en sí una entera revolución en el campo de los conceptos procesales" ([161]).

El pensamiento del maestro italiano vigorizó a la oralidad como centro del sistema. Con ella era posible acercar la justicia al pueblo y hacerla más confiable; y al mismo tiempo, provocaba un autocontrol de las partes, que postergaba la conducta obstructiva, también frenada por los principios de concentración y dirección del juez.

2.5 La oralidad se instaló en las reformas posteriores del continente europeo, pero no impacta en Latinoamérica porque en estas tierras el modelo fue la ley de enjuiciamiento civil española. No obstante, si entendemos como una proyección de la oralidad el sistema que propicia, es indudable que culmina consagrando el principio de inmediación.

En efecto, un lúcido estudio sobre el significado de la oralidad visto como concepción destinada a la transformación de las instituciones del procedimiento, sostiene que […] "más allá de entenderlo como una profusión de la palabra hablada, de la expresión verbal en la mayoría de los actos procesales que domina, también lo dota de una calidad estructural y formal específica, en la que la palabra hablada no es más que

---

a la oralidad la mayor parte en los juicios, con hacer al juez más vivamente partícipe de la relación procesal y más inmediato su contacto con las partes en causa, se aproxima la justicia a las clases menos pudientes mucho más que con preparar organismos de defensa del pobre, destinados a funcionar en modo inadecuado a su noble fin.

[161] Chiovenda, *Ensayos*, volumen 2, cit., p. 162.

una circunstancia. Excede la concepción de la oralidad, la simple utilización de la expresión verbal, para constituirse en un modo y forma estructurada de llevar adelante el proceso que tiene un funcionalismo propio, tal cual ocurre con un sistema, por eso apuntalamos que la oralidad debe comprenderse en su concepción amplia de sistema procesal[162].

Con esta medida, la participación activa del juez en la audiencia trasciende la expresión de los actos. Asimismo, la inmediación se concibe como actividad principal del juez y se establece como un deber en la etapa probatoria. Cuando el código dispone el trámite por audiencias, la presencia se convierte en una obligación funcional.

> Las reformas posteriores tomaron el curso de la inmediación emparentado con la regla de la oralidad, aplicada especialmente en la recepción de la prueba. En Alemania, por ejemplo, sostiene Goldschmidt que el juez quedaba sujeto a dos postulados: *a)* utilizar de inmediato los medios probatorios que las partes ofrecieran (principio de inmediación en sentido subjetivo o formal), de modo tal que se establece la relación entre el juez con los medios probatorios, y *b)* que ha de utilizar los medios de prueba inmediatos (principio de inmediación en sentido objetivo o material), que se refiere a la relación de los medios de prueba con la cuestión a probar[163].

Sin embargo España, permitió la delegación en funcionarios suprimiendo así la eficacia del principio de inmediación; problema que la doctrina advierte cuando se pretende introducir con reformas procesales la tendencia del principio de autoridad, como dirección material del proceso.

La inmediación es una necesidad que opera más allá de la regla. No se puede creer que ella sea cumplida con la presencia formal sin actividad directora; como tampoco es negociable la dirección autoritaria que sobrecoja los demás principios y obstruya las garantías.

3. Desilusiones y críticas a la inmediación

3.1 Las desilusiones de la inmediación son producto de omisiones legislativas que, a esta altura, no parecen casuales. Con ello queremos expresar que nunca ha quedado resuelto el tema de la prsesencia ineludible del juez en las audiencias de prueba, dejando

---

[162] Villalba Bernie, Pablo D., *Proceso Civil. Actualidad y futuro,* Bijupa, Asunción del Paraguay, 2008, p. 120.

[163] Goldschmidt, James, *Derecho Procesal Civil,* Labor, Madrid, 1936, p. 87.

el acto como potestativo, o sancionatorio con nulidades que nunca se decretan porque ellas dependen del interés de las partes.

Una vez más se difuminó la oportunidad de indicar la importancia que tiene en el proceso civil la participación activa del juez, controlando la regularidad de las actuaciones, sin afectar la imparcialidad con las partes. ¿Porqué, entonces, ocuparnos aunque sea brevemente de este problema? Porque creemos que es necesario insistir hasta el hartazgo sobre un tema que por espinoso y trascendente no puede ser objeto de tanta parsimonia.

3.2 El problema aparece con las potestades que tiene el tribunal para desarrollar el proceso manteniendo, en toda la instancia, los principios que venimos comentando. La autoridad se refleja en distintas decisiones; desde la última e imprescindible para fortalecer la confianza en la institución, que es la ejecución por la fuerza cuando el mandato judicial no se cumple; hasta otras menores, como son las medidas correctivas por la inconducta procesal.

Pero también, la *autoridad procesal* pondera otros valores, tales como la conducción y depuración del proceso, exigir la verdad de los hechos, la prudencia y equilibrio en las decisiones, entre otros contenidos axiológicos que muestran la complejidad del principio.

En sus orígenes el proceso civil se formó e implementó como una cuestión entre litigantes. Fue una lucha, y como en toda lucha, solo había ganadores y perdedores. Conserva, entre otros, este mensaje el tema de las costas procesales. Pero con Chiovenda y su firme impulso por la oralidad, comprendió que la función del juez no podía quedar tan inerte. No era un espectador de lujo en la controversia, sino un activo director que podía exigir de las partes algo más que el desempeño técnico.

El pasaje del proceso de manos privadas al interés público cambió la consideración del principio de autoridad y se esforzó por la inmediación. El quid no está asentado, desde entonces, en la mera facultad de ejecutar lo juzgado, sino en un conjunto de atribuciones que polarizan su presentación, en pos de la eficacia del servicio jurisdiccional.

Hoy, en curso el siglo XXI, la concepción social cobra fuerza a partir de la influencia constitucional en el proceso, y del activismo que regresa hacia el juez como

director del proceso. La publicización eleva al litigio dentro de la esfera del derecho público, y por él se entiende que un individuo que acude a la jurisdicción no persigue ya solamente un interés privado sino que, por vía de la despersonalización del derecho subjetivo y de la socialización del derecho, muda hacia un marco de protección que considera la situación global de la sociedad.

En la actualidad, esta línea directriz parece consagrada: el proceso es público, porque aún resolviendo conflictos privados, generaliza sus respuestas dando pautas de convivencia social. Obviamente, tal emplazamiento, no se puede realizar sin un juez atento y vigilante con la realidad que debe resolver.

> La metamorfósis actual de los jueces es notable y se indica en distintas actitudes: 1º) Un juez que está en el centro del ring pero no ya en la actividad neutral (la de *referee*) sólo para impedir los "golpes bajos". Ha quedado atrás esa posición de mero mediador, de asegurador o garantía del juego formal y privatístico de los contendientes; 2) Aquella ubicación del juzgador y del oficio se monta al mismo tiempo y en vértice principal, en la ley orgánica y en un sistema procesal donde la *predominancia de lo escriturario no tiene destino*, así se lo emparche continuamente con retoques y escaramuzas de superficie, pese al innegable rigor técnico de las fórmulas trabajadas. La *inmediación debe acompañar* con todas sus reverberaciones al juez funcional, desde el comienzo hasta la ejecución de la sentencia. *El proceso en vivo desplaza así al expediente muerto.*

3.3 Finalmente las críticas: la presencia del juez es un requisito esencial del acto procesal y sin embargo el juez pocas veces está. ¿Constituye una causa de mal desempeño?:

El criterio analítico con destino de represión y castigo, lleva a afirmar que la conducta del juez ausente en la audiencia en la que se deja constancia de su presencia es típica. Pero no se presentan los otros caracteres necesarios de la conducta, pues ésta no es antijurídica ni tampoco culpable. Las condiciones de trabajo existentes obligan a delegar funciones para no producir una consecuencia mucho más grave que detendría la administración de justicia; y si al juez se le ocurre asistir a todas las audiencias entonces no lograría atender su despacho, se le vencerían todos los términos y se lo sometería a un juicio político.

La conducta del juez ausente en la audiencia en la que se deja constancia de su presencia ni siquiera es penalmente típica porque una tipicidad legal no pasa el test necesario. Media un conflicto entre todos los deberes, pero un conflicto aparente porque

siempre predomina un deber sobre otro y en el caso es superior el de mantener el despacho al día. Se trataría de un caso de atipicidad conglobante por cumplimiento de un deber jurídico preponderante.

Si la ausencia es producto de una licencia que se concede ante un pedido voluntario del magistrado, ella no le "suspende" en el ejercicio normal de sus atribuciones, sólo le faculta para "no concurrir a su despacho", a fin de atender el trámite de los expedientes a su cargo o asistir a las audiencias para dar cabal cumplimiento al principio de "inmediación".

4. La inmediación en el proceso de familia

4.1 Para nosotros, la inmediación no es un deber del juez que reside únicamente en él como principal gestor del conflicto, sino que se amplía a todo el equipo mutidisciplinario que interviene como apoyo al tiempo de resolver.

Como con estas presencias se vuelve efectivo el derecho a ser oído, la garantía se fortalece al permitir que sean todos quienes escuchen los que reciban elementos de valoración y consejo, cada uno dentro de sus áreas competenciales.

Más adelante veremos que en las actuaciones cuyo objeto atañe a menores, la inmediación del juez se puede delegar en aquellos que hagan la investigación ambiental, verifiquen el lugar donde éstos viven efectivamente, y lograr así la eficiencia de la actividad tutelar a tono y relacionada con la mayor inmediación.

4.2 Esta es la base por la cual, cuando se trata de actuaciones cuyo objeto atañe a niños y adolescentes se debe otorgar primacía al lugar donde se encuentran residiendo, ya que la eficiencia de la actividad tutelar torna aconsejable una mayor inmediación del juez de la causa con la situación de los mismo, solución que es la que mejor se compadece con la finalidad tuitiva de la "Convención sobre los Derechos del Niño" (art. 3), que dispone atender el superior interés en todas las medidas a tomar concernientes a ellos.

La jurisprudencia resalta en múltiples ocasiones el valor de la proximidad jurisdiccional […]

> Sin que lo resuelto implique un anticipo sobre la suerte que deben correr las pretensiones de las partes, resulta necesario priorizar el resguardo del principio de inmediatez, en

procura de una eficaz tutela de los derechos de la niña y ponderando que no es posible esclarecer aquí la concurrencia de impedimentos al contacto y la supervisión de la madre o de restricciones infundadas en el ejercicio de su derecho de defensa, en función de la distancia, cabe concluir que los tribunales de Formosa (provincia de Argentina) están en mejores condiciones para alcanzar la protección integral de los derechos de la menor puesto que sus jueces poseen, dentro de su propio ámbito territorial, acceso directo a ella; solución que guarda coherencia con la directiva del artículo 706 del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto consagra la necesidad de valorar el mejor interés de la menor de edad involucrada, así como el respeto de la tutela judicial efectiva y la inmediación, como principios generales que deben gobernar los procesos de familia[164]

Si bien la residencia de los menores en la Ciudad de Buenos Aires tiene carácter provisional, dado que la guarda otorgada judicialmente no tiene fines de adopción, teniendo en cuenta la directiva contenida en el art. 706 del Código Civil y Comercial de la Nación, que consagra expresamente el respeto de la tutela judicial efectiva y la inmediación, resulta necesario priorizar la salvaguarda del principio de inmediatez para garantizar la efectividad y celeridad de la actividad tutelar, en resguardo del interés superior de ambos niños y declarar la competencia de la justicia nacional de primera instancia en lo civil para conocer en las actuaciones[165].

Corresponde que el juzgado de familia con asiento en la provincia del Chubut (provincia de Argentina) intervenga en la demanda de alimentos instaurada contra el abuelo paterno de los menores en tanto en esa jurisdicción las jóvenes se encuentran viviendo en forma estable, temperamento que resulta compatible con el artículo 716 del Código Civil y Comercial -que asigna el conocimiento de los procesos referidos a alimentos de niños, niñas y adolescentes, al juez del foro en el cual se ubica su centro de vida- y con las directivas del artículo 706 -en cuanto consagra el respeto de la tutela judicial efectiva y de la inmediación-[166].

En síntesis, la inmediación se une a la oralidad, y entre ambos se consigue un mejor rendimiento para otros principios del procedimiento, como la concentración y economía, la visualización del comportamiento procesal; las expresiones, etc.

---

[164] Fallos: 344:2384.

[165] Fallos: 342:1031.

[166] Fallos: 339:1751.

CAPÍTULO IX

SECRETO Y PRIVACIDAD

1. El principio de publicidad

1.1 Cuando el proceso abandona el concepto de lucha entre partes para convertirse en una cosa pública dirigida por el juez manteniendo la igualdad entre las partes, fue usada una voz que se popularizó como principio: la *publicidad* de los actos procesales era necesaria para que fuera evidente el ejercicio por ambos litigantes del derecho de defensa.

De pronto, lo público revirtió en *garantía constitucional* integrando la noción de "debido proceso", por cuanto hacía notorio y comprensible -al menos como reflejo- al proceso judicial como base necesaria para la defensa de los derechos.

Al mismo tiempo, importó corporizar el sentido de responsabilidad social de los jueces, esto es, la responsabilidad no ya enfocada en función del prestigio e independencia del Poder Judicial, ni del poder de un ente abstracto como es el Estado, ni de algo que se personifique en gobernantes, grupos o individuos determinados. Ella debió ser entendida en función de los usuarios del servicio de justicia, de ahí que se combinara la imparcialidad y la objetividad de los jueces con un adecuado porcentaje de responsabilidad social, requerido tanto a la sociedad como a quienes forman parte de ella como auténticos destinatarios de dicho servicio[167].

1.2 La *publicidad interna del proceso*, se desenvuelve en el principio regulando los actos que pueden trascender hacia afuera o que, por su contenido, quedan sólo en conocimiento de las partes. En este aspecto, conviene advertir que la naturaleza pública del proceso, impide la existencia de procedimientos secretos para quienes litigan. Estas deben igualarse en las reglas de la bilateralidad, porque si el contradictorio se anula, también se suprime el proceso como institución regular.

La publicidad interna referida se destaca en las disposiciones que se ocupan de las audiencias (con asistencia o no del público, según lo disponga el juzgado); en el acceso

---

[167] Cappelletti, Mauro, *La responsabilidad social de los Jueces*, Platense, La Plata, 1987, p. 99.

al expediente (pueden solicitarlo partes e interesados, o solo quienes acrediten intervención en él), en las formas de cumplir ciertas notificaciones (copias en sobre cerrado por la índole secreta del conflicto), entre otros.

El *principio de publicidad* interesa al proceso como manifestación exterior de sus actos. No ocupa, en este sentido, tanto el interés de las partes, como sí el acceso que tiene el público en general para conocer problemas internos. Cabe distinguir aquí entre publicidad activa, cuando el público participa directamente "viviendo el proceso"; de la publicidad pasiva, que resulta cuando se toma noticia del proceso sin haberlo presenciado.

En estos casos la publicidad cobra relevancia por su incidencia en otros derechos de la persona, como son el derecho a la intimidad o el de protección de datos personales.

> Por ejemplo, el registro de antecedentes penales, o el de sentencias, o toda información que surja de un expediente judicial, debe permitir al interesado el derecho de exigir que la información que se transmita sea únicamente respecto a la decisión final adoptada sin agregados. Si la sentencia decide la exclusión del hogar de una persona y el embargo de sus bienes, no se podría complementar la información indicando cuales son los inmuebles o valores afectados ni el lugar del que se lo excluye.

1.3 En los procesos de familia la cuestión pública se sustituye por la reserva y confidencialidad del expediente. No se trata de eliminar al principio de publicidad, porque éste trabaja con un presupuesto de garantía que tiende a evitar el secreto pernicioso, el ocultamiento con sigilo o mal intencionado de todo cuanto en el procedimiento se desarrolla hacia afuera, dando testimonio como se dijo, del efectivo ejercicio del derecho de defensa.

En la modalidad familiar, la publicidad se recorta al control bilateral y a la dirección jurisdiccional, manteniendo el expediente reservado para quienes son partes, interesados con acceso permitido, y autorizados expresamente para otros fines (v.gr.: producir dictámenes; dar información periodística; etc.).

La publicidad se relaciona con el acceso a la justicia, siendo posiblemente un reaseguro del derecho a la información pública. Por tanto, cuando se limita o condiciona la libertad de conocer, pueden surgir oposiciones que se fundan en la inconstitucionalidad de esas disposiciones.

Para evitarlo, en lugar de sostener que la reserva del expediente y la limitacion al acceso son manifestaciones de un nuevo principio contrario al de publicidad, creemos que debiera considerarse una variación del mismo principio (de publicidad) sujeto a que se cumplan determinados requerimientos. Uno es acreditar la calidad con la que se pide conocer las actuaciones; y otra que demuestra estar notificado dentro de la causa para que la intervención se justifique.

2. La reserva del expediente. Alcances

2.1 En Argentina se mantiene el principio de publicidad pero se limita el acceso al expediente, el que solamente podrán consultar las partes, sus representantes y letrados y los auxiliares designados en el proceso.

En caso de que las actuaciones sean ofrecidas como prueba ante otro juzgado, se debe ordenar su remisión si la finalidad de la petición lo justifica y se garantiza la reserva.

El principio apunta a evitar que la intimidad de los sujetos procesales y la confidencialidad del trámite queden vulnerados, ocasionando perjuicios directos a mandatos consitucionales y del Pacto de San José de Costa Rica.

> 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 (Argentina) 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".

2.2 Con otra perspectiva, son proyecciones del derecho a la protección judicial que origina en el juez o tribunal un deber asociado a la tutela jurisdiccional, esta vez comprometido con evitar injerencias arbitrarias o inapropiadas con la intimidad del proceso judicial y la propia humanidad de un expediente que testimonia un conflicto personal que no debe trascender más que para los interesados directos.

En materia procesal civil patrimonial, el principio de publicidad puede quedar limitado por disposiciones adoptadas de oficio, tales como ordenar que las audiencias se realicen a puertas cerradas con el fin de impedir que pudiera quedar afectada la moral, el orden público, la seguridad o el derecho a la intimidad; también, cuando las notificaciones contengan datos reservados que se deben custodiar por la privacidad intrínseca, aportando disposiciones de seguridad en la comunicación; al igual que otras actuaciones que pudieran alcanzar al público, en cuyo caso, para mantener el decoro y el secreto se ha de obstaculizar el acceso, o puesta en confidencia la exposición.

> El Reglamento para la Justicia Nacional de Argentina, vigente desde el año 1952, acuerda que en materia de revisación de expediente, en su art. 63, permite la consulta, en general, a cualquier profesional aunque no intervenga en el juicio, e incluso a los periodistas; impone, en el art. 64, excepciones a dicha facultad y contempla en calidad de expedientes reservados cuando se refieran a cuestiones de derecho de familia (divorcio, filiación, nulidad de matrimonio, pérdida de patria potestad, tenencia de hijos, alimentos, insania, etc.), así como aquéllos cuya reserva se ordene especialmente. En lo que respecta al ámbito de la Justicia familiar está dispuesto que sólo podrá darse información a las partes y a los profesionales intervinientes.

2.3 La reglamentación del acceso al expediente tiene algunas cuestiones controversiales que debieran encontrar un necesario equilibrio entre el derecho a un proceso público con todas las garantías, y la tutela de derechos fundamentales inherentes a las personas cuyos datos nominales, y los hechos que son personales (personalísimos), quedan expuestos en el proceso, ya sea como partes procesales, testigos o peritos, o demás protagonistas.

Los datos personales son básicos en este tiempo de clara invasión informática de la era digital; y la intimidad personal sufre igualmente el impacto de un mundo globalizado por las redes sociales que en segundos destruye la confidencialidad.

> En España, la dificultad o imposibilidad de asegurar el referido control y la gravedad de los eventuales riesgos o peligros a que se ven sometidos en algunos casos los titulares de tales datos, ha hecho necesaria la articulación de instrumentos normativos, como la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, que permiten a la autoridad judicial la aplicación de las medidas legales de protección que considere necesarias, previa ponderación, a la luz del proceso, de los distintos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales

en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los testigos y peritos en relación con el proceso de que se trate[168].

Otras veces son intereses públicos con relevancia constitucional basados en razones de eficacia en la acción de la justicia los que aconsejan una protección más reforzada que la que brinda el deber de sigilo profesional de quienes intervienen en el tratamiento de tales datos, como son el secreto y la reserva. La técnica de declarar secretas o reservadas unas actuaciones es habitualmente empleada con la finalidad de excluir de su conocimiento a personas ajenas o no autorizadas, y así evitar los eventuales riesgos derivados de un posterior tratamiento de tales datos en unas condiciones, o con unas finalidades, que su titular no tenga obligación jurídica de soportar, o en las cuales no esté garantizada la integridad de los enunciados bienes jurídicos[169].

2.4 Entre reserva y acceso limitado hay una relación que se debe interpretar. Lo primero es poner el expediente judicial fuera del alcance de quienes no sean partes o interesados directos; mientras que limitar es impedir que quienes requieran conocer las actuaciones lo hagan. La reserva es una orden dispositiva del tribunal; la limitación, un principio que excede lo funcionalmente resuelto.

3. Intimidad, confidencialidad y secreto

3.1 Un proceso judicial moderno alienta la publicidad. No referimos a que todo se vuelva público cual si fuera un espectáculo al que cualquiera pueda asistir, sino a que las actuaciones sean por sí mismas un desarrollo regular, con lealtad y buena fe entre las partes y dirigido con la imposición de reglas y principios donde destaca la imparcialidad y la igualdad dispensada para ambas partes.

Sin embargo, esta noción garantista de "lo público", y aun aceptando que es una justicia de rostro más humano que puede convivir con sus intrincados reglamentos y lenguaje inapropiado para el común de la gente, tiene una exigencia hacia la intimidad, que desde un derecho sustancial a evitar la intromisión sobre la privacidad, o el uso indecente de la información apropiada por la invasión arbitraria, se vuelca como garantía

---

[168] Gomez Loeches, Luis, *El acceso a la documentacion de las actuaciones judiciales,* Universidad Alacla de Henares, Madrid, 2003, p.12

[169] Gomez Loeches, ob. cit., p. 13.

a preservar. Esa intimidad del expediente judicial aloja un derecho exigible por las partes y un deber jurisdiccional para actuar de oficio en pos de ordenar este derecho a la privacidad.

3.2 La naturaleza del objeto a tutelar tiene un vícnulo muy estrecho con los valores a preservar, a sabiendas que en materia familiar hay privacidad pura y casos que toman estado público y el interés periodístico desbarata las intenciones del secreto. Es aquí donde encuentra base y fundamento el acceso limitado al expediente y la orden de reservar las actuaciones para que su análisis solo puedan hacerlo las partes.

Son casos iguales en la determinación, y muy diferentes en los modelos de actuar con el secreto a resguardar. El caso es público, la noticia una constante de versiones y especulaciones, el recogimiento desaparece con las declaraciones públicas, y los anticipos jurisdiccionales se vuelven una costumbre muy cercana al prejuzgamiento.

En estas situaciones, juegan los valores de los principios del proceso de familia. Son orientaciones evidentes de una intencion plausible, al mismo tiempo que introducen un dilema ético que puede provocar debates entre la intimidad de los sujetos procesales, la obligación de reserva y confidencialidad del juzgado, y el derecho a la información.

De tanta gravedad es impedir el deber de secreto que la Corte Suprema Argentina anuló actuaciones en las que se tuvo ese resultado

Si en el expediente de disposición tutelar no se le ha dado intervención al Ministerio Público Tutelar, se ha permitido la actuación como partes de quienes no cuentan con legitimación legal para serlo, como es el caso de los querellantes, se ha conferido intervención al fiscal, que no es parte y se ha transgredido el carácter secreto de las actuaciones, tales vicios revisten gravedad suficiente como para que la Corte haga uso de sus facultades de excepción, y anular las actuaciones por haberse violado la garantía constitucional del debido proceso[170].

3.3 Resulta un juego de sutilezas, es verdad, pero que lo sea no admite cambiar el sentido de proteger la intimidad del caso. Derecho que aparece recién a fines del siglo XX cuando en algunos códigos y muy pocas normas fundamentales, declaran tutelar todo aquello que forma parte del dominio privado e íntimo de las personas, como la vida

[170] Fallos: 312:1580.

privada, el domicilio, la correspondencia, el honor, la reputación, etc. En cualquier caso, la intimidad es más fácil de describir que de definir.

Lo íntimo y personalísimo que se revela en un conflcto judicial, es mucho más complejo que el derecho que se resguarda anticipadamente esperando que los hechos no sucedan, porque cuando ellos ocurren, sucede que las respuestas legalmente previstas, se enfrentan con otros valores propios, religiosos, culturales, políticos, económicos, etc.

De igual modo, la divulgación académica de sentencias que resuelven conflictos de familia, conserva el deber de mantener la reserva y secreto de las partes intervinientes, con el fin de preservar información personal y datos sensibles que puedan tomar estado público afectando a los sujetos que correspondan.

Por lo tanto, la intimidad del caso es un derecho; la confidencialidad un principio directamente operativo y el secreto una regla que no requiere aplicación a pedido de parte interesada.

CAPÍTULO X

EL PRINCIPIO DE OFICIOSIDAD

1. Problemas de interpretación

1.1 El punto de partida para comprender el funcionamiento de la oficiosidad comienza interpretando el rol del juez de familia en los conflictos que ante él se plantean. Son controversias familiares, es cierto, y por ello lo privado es evidente, los intereses se confrontan con perspectivas unilaterales, la dimensión del entuerto parece quedar acotada a los sujetos que litigan y, en líneas generales, todo sugiere que un proceso de familia es típicamente privado, regulado con los principios tradicionales (dispositivo, congruencia, carga de la prueba y extensión de la sentencia), pero no es así.

Otra afirmación que confunde aparece cuando el principio de oficiosidad se corresponde con el impulso procesal del tribunal, que implica el deber que pesa sobre el juez de impulsar o continuar con el proceso, independientemente de la actividad de los justiciables. Tampoco es cierto plenamente, aunque lo sea como regla aplicable antes que como un principio estricto.

Más acertado parece comprender a la oficiosidad dentro de los principios que debe custodiar el juez de familia como autoridad principal, acordando para ello que la función en el proceso es social y colaborativa, derivando el deber de utilizar todas las garantías que establecen pactos, tratados y convenciones, además de las que correspondan al derecho interno, sin que sea menester el requerimiento o la invocación por las partes, o que habiéndolo sido, su aplicación pueda disponerla sin elecciones alternativas o dirimentes, sino con su propia interpretación conforme.

1.2 La oficiosidad debiera leerse como activismo prudente y responsable. Las grandes transformaciones de la familia obliga a repensar el rol de los tribunales con fuero especializado, y la organización de la toma de decisiones dentro de un equipo multidisciplinario.

Los derechos en juego pueden plantearse con la noción individualista de quien lo ostenta y acredita, pero las soluciones trabajan con intereses que engloban a la institución

familiar y a cada uno de sus integrantes. El proceso de familia no sigue la línea de la controversia pura entre litigantes que confrontan, dando espacio a derechos superiores que son parte del orden público que se pretende.

> Este principio de autonomía de la voluntad individual en el derecho de familia está necesariamente unido al preeminente principio de solidaridad familiar, principio que obliga al tribunal y a toda la sociedad en general a revisar y ajustar el derecho de familia desde su consideración primordial[171].

En este derrotero, la oficiosidad supone más que el deber de impulsar el avance del proceso sin esperar que sean las partes las que lo hagan. Obvio resulta que, esta obligación elimina la caducidad de la instancia en los procesos familiares, o la negligencia en la producción de pruebas, y al mismo tiempo, agrega otros poderes y deberes como el control de los presupuestos procesales, la integración de la litis, el saneamiento de vicios procesales, la libertad de ordenar medidas de tutela y/o de prevención, y el tan discutido escenario de la iniciativa probatoria.

1.3 En la práctica la oficiosidad se revela en la funcíon tuitiva o protectora, sin que esta característica elimine o altere la garantía de imparcialidad. No se trata, claro está, de que el juez tome del hombro a un sujeto interviniente y le de a entender que será él quien lo proteja.

El principio de oficiosidad significa que el juez o tribunal dirige la causa, con la mayor celeridad y concentración de actos, resolviendo facultativamente cuanto sea necesario para garantizar el derecho de defensa en todos sus aspectos (acceso a la justicia; eliminación de obstáculos que pudieran impedirlo; convocar y emplazar a las partes; citar a terceros interesados aun a solo efecto de ser oídos; etc.).

El derecho procesal de familia integra a la oficiosidad como mascarón de proa que advierte en su paso que lleva un destino diferente al del juicio común. Se concibe con un objeto de protección rápida para los conflictos que aparecen en las relaciones familiares y personales, ofreciendo tutela y oficio especializado, de allí que toda la actividad sea diferenciada, y la función jurisdiccional adopte reglas y principios diferentes a los que tienen algunos principios que, tal como se dijo, tienen el mismo nombre pero funcionan diferente.

---

[171] Sosa, María Mercedes, *El rol del juez en los procesos de familia*, passim

La naturaleza de los derechos en juego en las acciones del estado de familia, y en especial la circunstancia de que el interés general esté vinculado con su resultado, hacen que los procesos en que ellas se deducen queden sujetos a características especiales que, en alguna medida, los diferencian de las demás, aún cuando dichas características no sean propias exclusivamente de ellos, sino que puedan ser compartidas por otros.

Una característica notoria de los contenidos especiales de la oficiosidad es la flexibilización del principio de legalidad donde cada uno de los aspectos que tienen los demás principios del procedimiento (v.gr.: legalidad formal; economía procesal; preclusión de los actos; etc.) dan cuenta de adaptaciones que se disponen como director del proceso especial.

2. El principio de legalidad fornal

2.1 Para establecer la legalidad formal como un principio del proceso, es necesario superar la observación según la cual cualquier solemnidad o ritualismo para expresar ideas o sentimientos conspira con la finalidad del acto. La polémica no es nueva si tenemos en cuenta que reitera la disputa que viene desde el derecho romano en todas sus etapas[172], polemizando el formalismo de las actuaciones procesales y la informalidad absoluta.

Entre un extremo y otro, no se puede negar que el procedimiento judicial necesita de reglas, y cuanto más conocidas sean, mayor seguridad y certidumbre tendrá quien las aplique; pero al mismo tiempo, el proceso no convalida el desarrollo solemne y ritual, al punto de convertirse en un simbolismo puro de ficciones y esoterismos. Por eso hay que encontrar un justo medio para las representaciones y liturgias del proceso.

---

[172] Sostiene Cuenca que, en ningún pueblo de la antigüedad fue tan profundo el culto de la forma como en Roma. De todos los elementos formales, la palabra tuvo un influjo poderoso; los romanos atribuyeron a las palabras el poder de llevar las semillas de un lugar a otro; en las Doce Tablas se incluyeron sanciones contra aquéllos que por arte de magia dañaban las cosechas y Plinio hace extensos comentarios sobre el poder místico de las palabras. La claridad, sencillez y precisión de las formas aseguraron, en el derecho antiguo, el cumplimiento estricto de las leyes … […]. En el sistema formulario, el sistema es formalista, pero no sacramental. Esto quiere decir que las partes deben valerse de los modelos previamente redactados por el Pretor, para definir sus controversias, pero ellos no tienen que hacer recitaciones textuales, cuya más leve variación o equivocación, como en la *actio legis,* implicaba la pérdida del litigio…[…]. Tiempo después, el *ordo iudiciorium* del sistema formulario fue superado con la *extraordinaria cognitio* que termino desalojando en el año 342 el mecanismo anterior, aboliéndolo por considerar que era más propenso al juego de las palabras, a la argucia, al triunfo del más hábil o del más sabio, que a la investigación de la verdad (Cuenca, Humberto, *Proceso Civil Romano,* Ejea, Buenos Aires, 1957, ps. 39, 53 y 121).

El principio de legalidad de las formas aporta algunas soluciones, pero en realidad, no hay entre los extremos tanta distancia, porque el informalismo, en la práctica no ha sido nunca aplicado de un modo integral[173]; y a su vez, la legalidad adjetiva, aunque establece pautas solemnes, arbitra algún margen optativo que acuerda a las partes la facultad de regular aspectos parciales del proceso[174].

El informalismo, en los hechos, nunca es tal, porque la sola referencia a las formas ocupa, además del aspecto exterior del acto, el lugar donde se emite y el tiempo en que se lo incorpora. En tal sentido, resulta impropio hablar de libertad de las formas, porque en los hechos ellas existen. Lo correcto sería referir a un proceso sin reglas pre ordenadas, por el cual tanto las partes como el juez tienen suficiente libertad para realizar los actos pertinentes en el lugar, tiempo y modo que ellos consideren adecuados en su formulación externa.

> Ha señalado Chiovenda que, "un rápido vistazo a la historia es suficiente para dar la idea de la complejidad de las formas judiciales. El primer acto del Estado en el ejercicio de la función judicial es la intervención en la lucha privada. El fundamento de la pretensión del actor se encuentra siempre en su conciencia individual; pero el Estado comienza imponiendo un determinado camino a seguir en la actuación de la pretensión, y el cometido del juez se limita a constatar la regularidad de la vía seguida. Este tránsito de la defensa privada a la defensa regulada se revela todavía en las formas procesales conocidas de nosotros: la parte preponderante que todavía se concede a la ejecución inmediata y en las formas residuales de la lucha efectiva"[175].

2.2 El problema, entonces, parece radicar no tanto en la necesidad de generar reglas y principios para el procedimiento, sino de ver si el establecimiento de formas y solemnidades pueden constituirse en parámetros de esa entidad, esto es, como reglas variables, o principios permanentes.

En consecuencia, las formas pueden exceder el marco de la técnica aplicada y proyectarse hacia contenidos más complejos como las garantías fundamentales. Por eso,

---

[173] Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil,* Volumen I, trad. Santiago Sentís Melendo. Ejea, Buenos Ares, 1986, p. 379.

[174] Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil,* Tomo I, Abeledo Perrot (2ª ed.), Buenos Aires, 1979, p. 319.

[175] Chiovenda, Giuseppe, *Ensayos de Derecho Procesal Civil,* Volumen II, trad. Santiago Sentís Melendo, Ejea, 1949, p. 130.

cuando se disciplina la manifestación de los actos del procedimiento, se torna evidente el llamado a la certidumbre que radica en el principio de la seguridad jurídica; y desde allí, rápidamente se llega al derecho de defensa en juicio.

Pero es evidente que un ordenamiento procesal rígido en esta disciplina, cae en el formalismo cuando se confunde lo formal con lo ritual, para elucubrar una especie de geometría exacta que acomoda la presentación del acto a las previsiones legales que la rigen.

Si recordamos que el proceso no tiene un fin en sí mismo, podemos colegir que tampoco es pura forma. No cabe equiparar la razón que el derecho reporta a las exigencias formales, a la razón que asiste a lo visible de un aspecto exterior. Es decir, el acto formal no puede ser aquél que externamente es apropiado[176].

2.3 Existen tres modalidades para resolver la creación de normas formales para el procedimiento. La primera es de origen legal: el principio de *legalidad de las formas,* por el cual es el legislador quien dispone los ritos y ceremoniales que deben cumplirse en las actuaciones procesales. El límite de las formas lo impone el derecho establecido, que como toda norma jurídica, debe interpretarse no por su letra, sino por la inteligencia que surja de la lectura de las cláusulas, armonizándola con los demás preceptos del orden legal, sin desnaturalizar su esencia, ni transformándola incompatible con las mismas situaciones que vino a tutelar.

La segunda variable es el llamado *principio de libertad de las formas,* que constituye una suerte de reacción violenta contra los inconvenientes que trajo el rigor formal, y coincide su aparición con épocas de grandes revoluciones[177]. En esta línea no

---

[176] Se comprende, por consiguiente -dice Satta-, que cuando se habla de formalismo no se quiere menoscabar en modo alguno la forma del derecho; una vez más, el formalismo no se puede entender como una inconcebible y absurda crítica a las formas jurídicas. No habría necesidad de decirlo, pero los equívocos son siempre posibles: el formalismo no debe confundirse con la legalidad y el principio de legalidad que está absolutamente fuera de cuestión, y mucho menos la crítica del formalismo se puede desarrollar bajo el signo de la vaga aspiración a una justicia sustancial, en rebelión abierta o lavada a la voluntad de la ley. Estas cosas pueden tener valor de *iure condendo*, esto es, no tienen para el jurista ningún valor actual (Satta, Salvatore, *Soliloquios y Coloquios de un jurista,* trad. Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1971, p. 52).

[177] Informa Clemente Díaz, tomando datos de Bonnier (*Eléments de procédure civile,* París, 1853, p. 7), que durante la Revolución Francesa, la Constitución de 1793 (art. 94) estableció que los árbitros públicos juzgarían en proceso oral sin forma de procedimiento, y la ley 3 Brumario del año II, no solamente suprimió la orden de los abogados, sino que estableció que los tribunales existentes juzgarían en proceso verbal sin formas procesales; la reacción sobrevino por una ley 18 Fructidor del año VIII,

se crean principios sino reglas acordadas por las partes con libertad; también, pueden adoptarse los procedimientos de órganos preestablecidos (v.gr: arbitraje; mediación; conciliación extrajudicial, etc.).

El tercer modelo es el sistema denominado de la *regulación o adecuación judicial de las formas*[178] por el cual el juzgador ordena el material solemne a recabar, dirigiendo el proceso en su total desarrollo. Este podría ser el reducto donde residir las formas del proceso de familia.

Ahora bien, este mecanismo provoca alguna inseguridad jurídica, lo cual altera la finalidad prevista en el principio de regulación de solemnidades que, justamente, procura afianzar la seguridad y el orden del procedimiento. Para reglamentar su aplicación práctica, suele utilizarse una pauta jurisprudencial que ha generado el llamado *principio de instrumentalidad* o *elasticidad de las formas*, que sostenido en las reglas para sancionar las nulidades del proceso, establece una escala axiológica al vicio derivado de la actuación que no respeta una pauta formal determinada[179]. A mayor gravedad: nulidad absoluta, a menor intensidad: anulaciones eventuales que pueden quedar confirmadas.

En líneas generales ha terminado consagrándose, por mayoría, el *principio de legalidad de las formas,* estableciendo numerosas disposiciones para el desarrollo de las actuaciones procesales en particular (lugar, tiempo y forma de los actos), y para la fisonomía o diseño del procedimiento (conocimiento amplio en el juicio ordinario; trámites irrenunciables en el juicio ejecutivo; formación del título ejecutivo; valoración de la prueba; etc,).

En este sentido, cabe aclarar que en el proceso de familia el principio de legalidad formal se atenúa, sin que la regularidad y eficacia de los actos procesales dependa que se cumplan las condiciones dichas para su presentación.

---

que restableció la Ordenanza de 1667 y reglamentaciones posteriores (Díaz Clemente A., *Instituciones de Derecho Procesal Civil,* Tomo I [Parte General], Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 223 nota 30).

[178] Cfr. Berizonce, Roberto O., *La nulidad en el proceso,* Platense, La Plata, 1967, p. 48.

[179] Clemente Díaz sostuvo que éste era un sistema poco convincente. "Dejar las formas al arbitrio de las partes es un mal; dejar las formas al arbitrio judicial es un mal peor, no porque el juez podría tentarse, sino porque la inercia judicial haría que se establecieran formas tipos, de carácter invariable; con ello, el juez habría desalojado al legislador. El peligro reside en la *falta de certeza de las formas,* ya que potencialmente existiría la posibilidad de formas distintas para el tratamiento de un mismo caso (ob. cit., p. 224 nota 37).

Un camino orientativo llega de las “Reglas de Brasilia”, las que si bien dedicadas al acceso a la justicia a personas en situación de vulnerabilidad, dan un marco referencial al principio de especial protección.

> Una persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. En este contexto se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas quienes, por razón de su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas 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, a otras diversidades étnicas – culturales, entre ellas las personas afrodescendientes, así como la victimización, la migración, la condición de refugio y el desplazamiento interno, la pobreza, el género, la orientación sexual e identidad de género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.

2.4 De algún modo, es una vuelta al *principio de elasticidad* que permite que las adaptaciones se regulen en tres órdenes distintos. O por *voluntad de las partes* mediante acuerdos procesales no prohibidos, que lleva al camino del proceso convencional; por la *autoridad del juez en el proceso* que lo resuelve como providencia instructoria; o por el *acto legislativo* singular que regula una situación jurídica determinada.

El alcance del principio de legalidad, su eventual flexibilización, y las variaciones que se obtengan, ya sea para las actuaciones en particular, o para el tipo de procedimiento que se desarrolle, necesitan descubrir sus posibilidades reales en el marco del debido proceso adjetivo; pues no siempre los actos procesales afectados por un incumplimiento formal serán convalidados por la inactividad del afectado; como tampoco es factible afirmar que las formas procesales sean disponibles para el juez al punto de variar a su antojo el trámite de una etapa procesal prevista reglamentariamente; e inclusive, la propia doctrina del exceso ritual manifiesto debe esclarecer si relaciona únicamente a las formas

con la actuación solemne, o se extiende también a las manifestaciones incongruentes del trámite.

Con esta base, en un proceso de familia se pueden acordar algunas formas del procedimiento, pero no todas. Esta afirmación se adopta por el poder jurisdiccional que tiene el Estado para observar que el predominio de las partes únicamente se mantiene con las formas disponibles, que igualmente, deben ser aprobadas por el tribunal. En consecuencia, a las partes no le es posible modificar ni alterar las reglas del juego, o el método de debate, o los principios de la litis.

2.5 Así como las partes tienen restringido el principio de libertad para consensuar formas de las actuaciones o del procedimiento; no sucede lo mismo con los poderes del juez, quien encuentra más flexibilidad para disponer variaciones en las reglas u ordenar el procedimiento.

El régimen general para los juicios familiares tiene elasticidad en las formas, con ciertos límites establecidos para resguardar el derecho de defensa, la rapidez y prontitud de los trámites, y la vigencia igualada en la aplicación de garantías del debido proceso formal. La consigna es *mantener la igualdad de las partes en el proceso*.

3. El impulso procesal

3.1 El impulso procesal a cargo del juez o tribunal es el aspecto más difundido del principio de oficiosidad. El avance supone estar siempre atentos a que la regularidad de la instancia no sufra demoras o dilaciones innecesarias, sea que ellas provengan de las partes, o de la propia jurisdicción, dejando ver así que se trata de un deber del oficio.

Ordenar toda diligencia necesaria para conseguir la mayor concentración de actos, impulsar la celebración de audiencias que promuevan la solución anticipada del pleito o para esclarecer cuestiones técnicas o de fondo que deban darse a conocer personalmente; aligerar las formas procesales para que ellas no sean un obstáculo para la celeridad, y tantas otras medidas que tiene el poder jursdiccional, son potestades del juez que aplica el principio de oficiosidad.

3.2 El impulso oficial tiene algunas resistencias. Cuando el caso se interpreta desde la perspectiva de las partes, como únicos titulares del interés en que la causa avance, algunos entienden que el impulso desde la jurisdicción invade lo que es propio de los sujetos protagonistas del caso. En esta línea están quienes afirman […]

> "Se sostiene que un proceso que permitiera reservar las causas que las partes no quieren tratar, al menos por el momento, en la medida en la cual aseguraría a las partes (no sólo el derecho de llegar a la sentencia cuando más lo prefieran, sino también) el derecho de mantener, si bien no al infinito, por lo menos un cierto tiempo las causas en *surplace*, representaría una «inmundicia»: «del poder que tienen las partes de disponer la relación sustancial no deriva como lógica consecuencia el poder de arrastrar los litigios ante el juez y de estorbar las salas judiciales por un tiempo más largo que aquel que el juez considera suficiente para hacer justicia; (...) nadie fuerza al particular a subir al barco de la justicia; si aquél decide al embarcarse, sólo a él concierne fijar el inicio y la meta de su viaje: pero, una vez emprendida la navegación, el timón debe ser asignado exclusivamente al juez». Como ya se habrá comprendido, aquí nos situamos ante el encuentro frontal entre dos ideologías. Los *garantistas* encuentran lógico que las partes, siendo libres de disponer de la relación sustancial, gocen de una cierta libertad en el proceso, y agregan que, desde el momento en que los recursos disponibles son limitados, debemos agradecerle al cielo que, sobre cien causas, sesenta no lleguen a sentencia. Los *publicistas*, por el contrario, sostienen que, durante el proceso, la libertad de disponer de la relación sustancial es en realidad sólo una concesión[180] y, por lo tanto, aquella no implica disponer de los tiempos del proceso, que sería en realidad una «inmundicia»: a su parecer, quien sube al barco de la justicia..."[181].

De todos modos, no parece demasiado clara esta tendencia, porque el impulso oficial, no afrenta el principio de legalidad de las formas. En su caso, cumplimenta una regla de avance preclusivo, propio de los procedimientos judiciales.

3.3 Cabe reconocer que cuando el impulso y la continuidad del proceso se deja en manos del juez, se abren polémicas con el alcance de ese deber, y con los efectos que produce el eventual incumplimiento. Repite una historia del pasado, que en materia de familia no se igual al haber cambiado los parámetros a considerar.

[180.] Calamandrei, *Istituzioni,*I, cit., p. 239, según el cual el legislador de 1940, al disciplinar el proceso civil, habría podido regularse al igual que al disciplinar el C.P.P. y prever «el absoluto imperio del impulso oficial».

[181] Cipriani, *En el centenario del Reglamento de Klein*, ob. cit., passim.

En consecuencia, y recapitulando, el juez puede adecuar el régimen procedimental de las actuaciones (actos individuales) procurando la mayor agilidad y eficacia, siempre que al resolver la producción no altere el principio de igualdad entre las partes. También tiene potestades suficientes para que la realización de actos generales, se implemente con las formas que indique y a los hechos que expresamente determine, con el límite del respeto por el derecho de defensa de las partes; teniendo presente que el objeto es esclarecer la verdad y la defensa de los intereses superiores que se expresen en el juicio.

Cuando los poderes se alinean como reglas en un código determinado, y el juez las aplica, no hay cercenamiento alguno al derecho de defensa ni se violenta la igualdad en el debate. Pero es cierto, también, que una respuesta desde la ley no elude el problema, pues la propia norma puede ser inconstitucional, y la misma actitud judicial tambien podrá ser representativa del más puro exceso discrecional o de la arbitrariedad más absoluta.

En consecuencia, el principio de legalidad tiene la pauta de la razonabilidad (prudencia) y los parámetros del derecho de igualdad entre las partes (equilibrio en las decisiones) y el derecho de defensa (oír y replicar, en su caso). La garantía es evitar la indefensión en todo tiempo y que no se sacrifique el principio de igualdad.

4. El principio de economía procesal

4.1 El principio de economía procesal es una facultad del juez que se encuentra entre los poderes instructorios de la oficiosidad. Una vez aplicados se ordenan como reglas del procedimiento. Se pueden resolver en la etapa del acceso a la justicia, en cuyo supuesto es relevante el tema de la *economía de gastos* de necesaria inversión para hacerse oír; o podrá ser el tiempo para las actuaciones con el objeto de lograr rapidez y celeridad en el camino hacia la sentencia; no se descartan ramificaciones del principio necesarias para implementar uno u otro objetivo, como sería acentuar la rigidez con otras reglas como la preclusión, la concentración de actos procesales, la adquisición o el propio impulso procesal ya referido.

Este aspecto de la economía de inversión trae a cuento uno de los problemas más relevantes de los procesos de familia, los que, partiendo del principio de gratuidad, tienen en las separaciones patrimoniales controversias manifiestas, las que se razonan con asimetrías, según se diga que ellas son posibles de exigencias fiscales, o que se prohíba el pago de tasas o impuestos de justicia cuando se ejercita el derecho a ser oídos.

4.2 La razón de esta polémica la presenta Chiovenda que asocia la cuestión con el principio del impulso oficial, basándose en la idea de que el Estado está interesado en la rápida definición de los litigios una vez que surgen; y que, por esto, los órganos a cargo del trámite deben tomar la iniciativa de la pronta solución de los mismos

Ha dicho el maestro […]

> "El principio opuesto parte de la idea de que el proceso civil es cosa de las partes, y de que éstas tienen derecho a disponer del tiempo de su tramitación y, a la vez, la carga de hacerse diligentes para llevarlo adelante"[182].

En líneas generales el principio de mentas resuelve cuestiones de política procesal. Cada una en la dimensión de sus provechos incide en el dinero, el tiempo o el trabajo, según la clásica división de Guasp cuando separa el principio en la perspectiva social de tres objetivos: "el proceso tiene que ser barato, rápido y sencillo"[183].

4.3 Con el principio de economía procesal, aunado con el de oficiosidad, se derivan soluciones que pueden asegurar:

a) *La celeridad en los trámites*: mediante la abreviación de los plazos; la perentoriedad de los términos; la preclusión de las etapas procesales; la limitación de los recursos; la agilización del régimen de notificaciones; etcétera.

b) *La concentración de los actos -y diligencias-*: mediante la realización simultánea de actos compatibles; la aproximación temporal de las actividades probatorias; la unificación de personería; la acumulación de acciones y de procesos; el fuero de atracción; la "*perpetuatio jurisdicctionis*"; etcétera.

c) La proposición conjunta de acciones, defensas, pruebas y recursos esgrimidos en subsidio por razón de la *eventualidad.*

d) La eliminación de vicios y defectos que obsten a la recta y ordenada estructura de la relación procesal, o sea, el *saneamiento*, mediante el ejercicio de facultades judiciales aptas para prevenir y evitar nulidades.

---

[182] Chiovenda, José, *Principios de derecho procesal civil*, Tomo II, Reus, Madrid, 1977, p. 237.

[183] Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil,* Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961 (2° ed.), p. 26.

e) La *elasticidad* de las formas y tipos procesales, que permita adecuar el sistema y modalidad del debate conforme a las necesidades de la litis que se ventila.

f) La depuración del proceso, mediante la *fijación preliminar de los hechos controvertidos susceptibles de prueba;* el rechazo *in limine* de las acciones y defensas manifiestamente inadmisibles, de las pruebas inconducentes, irrelevantes e inútiles o superfluas y de los incidentes ostensiblemente infundados.

g) La *moralización del proceso* mediante la exigencia de acatamiento a los deberes de probidad, lealtad y buena fe por parte de los litigantes y profesionales, asegurada con las facultades disciplinarias, sancionatorias y compulsivas otorgadas al órgano judicial que eviten articulaciones dilatorias y maliciosas.

h) Todas aquellas previsiones que conducen al *abaratamiento de los gastos* y dispendios abundantes, innecesarios o prescindibles y que descargan o liberan de imposiciones fiscales o causídicas; etcétera"[184].

> Palacio, apegado a la necesidad de abreviar y simplificar los procedimientos, sostiene que el principio se acota a la preocupación de evitar la irrazonable prolongación de los trámites, a cuyo fin constituye de especial importancia atender las variables que la regla tiene a través de la concentración, la eventualidad, la celeridad y el saneamiento procesal[185].

Unos y otros, no han cambiado el "nomen juris" de la regla, la que nos resulta confusa y proclive a malos o dispares entendimientos. Dicho esto, en el sentido de observar que el problema de la onerosidad de la justicia no es una cuestión que deba ser resuelta por el principio; como sí es menester profundizar los temas de la simplificación del trámite, para hacerlo más rápido, útil y efectivo, a tono con las exigencias actuales del debido proceso, y específicamente, con la garantía del plazo razonable.

4.4 Los gastos en el proceso son consecuencia natural de la inversión requerida para demostrar razones y fundamentos que permitan persuadir al juez sobre el derecho a la sentencia favorable. El costo no está necesariamente vinculado a los principios del proceso y menos aun a las garantías, sin embargo, se relacionan íntimamente cuando el

---

[184] Eisner, Isidoro, *Planteos Procesales,* La Ley, Buenos Aires, 1984, ps. 119/120. Cfr. del mismo autor La Ley, 146-879 y ss.

[185] Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil,* Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979 (2ª ed. 1ª reimpresión), p. 285.

pago de aranceles se impone como una condición para el progreso de la causa (v.gr.: la integración del anticipo de gastos fijados para la realización de la pericia; el depósito previo a la admisión del recurso de queja; etc.), en cuyo caso, el principio reconoce antecedentes en el derecho romano, y dentro de él, con el instituto de las costas.

También, cuando lo económico supone restringir la entrada a los tribunales, comienzan a encontrarse violaciones al debido proceso, y en este aspecto, la noción de acceso a la justicia libre y sin restricciones, plantea la necesidad de repensar si los gastos causídicos son adecuados al pensamiento que sostiene que, siendo la jurisdicción una atribución del Estado sustitutiva de la voluntad de los particulares para la actuación de la ley, la obligación de responder a cargas económicas para lograr el desenvolvimiento de los jueces, es contrapuesto con los deberes institucionales que debe llevar a cabo[186].

El caso de las imposiciones anticipadas para acceder al proceso (v.gr.: tasa de justicia), o los sometimientos tributarios o impositivos que nada se relacionan con los gastos originados en y por el proceso jurisdiccional (v.gr.: anticipos de honorarios; bonos de contribución forzada para el financiamiento de los colegios de abogados o sus cajas de previsión social), trazan en el campo de los principios la necesidad de aplicar una "economía de gastos", siguiendo para ello el criterio de que […] "la prestación de la actividad jurisdiccional del Estado no puede ser gratuita, y aunque su onerosidad pueda ser diferida o eximida por el carácter social del litigio, el costo de la actividad procesal

---

[186] Destaca Cappelletti que, "la solución judicial de los conflictos es muy onerosa en la mayoría de los países. Porque si bien los gobiernos pagan los servicios y el mantenimiento de la administración de justicia; los litigantes deben cargar con la mayor parte de los gastos, incluido los honorarios profesionales. La magnitud del costo es notable en el derecho norteamericano, que no obliga a la parte perdedora a abonar los honorarios del abogado vencedor. Pero también la onerosidad constituye un obstáculo en los países donde se imponen las costas al vencido. Allí, a menos que el futuro litigante tenga la seguridad de ganar el juicio, lo cual es improbable por la incertidumbre misma del resultado, debe afrontar el riesgo de la litigiosidad de la misma manera que en los Estados Unidos".

"La condena en costas, en los países que la imponen al vencido, es aproximadamente dos veces mayor porque aquél debe pagar también los honorarios de su abogado. Además, en algunos países, como sucede en Gran Bretaña, el actor no puede, frecuentemente, calcular el riesgo por las costas, en caso de perder el pleito, porque los honorarios profesionales varían mucho. Finalmente, en otros países, algunas veces los demandantes deben dar caución antes de iniciar un juicio".

"Por esos motivos, cabe preguntar si las legislaciones que le imponen las costas al vencido no oponen obstáculos tan grandes como los del derecho norteamericano. Cualquiera sea el monto, está claro que los altos costos, a pagar por una o ambas partes, constituyen uno de los peores obstáculos para el 'acceso a la justicia" (Cappelletti, Mauro -Garth, Bryant, *El acceso a la justicia*, Colegio de Abogados de La Plata, 1983, ps. 25/6.)

no debe transformar el proceso en un artículo suntuario, al alcance solamente de las personas pecuniariamente pudientes"[187].

La gratuidad del proceso es antagónica con la onerosidad judicial e inclusive distante con los mecanismos judiciales previstos para la ordenación de las causas. En Estados Unidos, por ejemplo, el régimen de las costas no sigue el principio de imposición al vencido, sino que aplica la regla que reparte los gastos entre el vencedor y el perdedor, en virtud de la cual, cada una soporta los gastos procesales en que ha incurrido, incluido los honorarios de los abogados, a no ser que se establezca algo distinto por normas especiales[188].

Desde otra perspectiva, aquéllos que defendieron la tesis de la gratuidad de la justicia, aplicaron al criterio del "uso del servicio judicial" una doctrina de corte administrativista diciendo que, si la administración de justicia constituye al fin de cuentas un servicio público, los usuarios, es decir, los litigantes, no deben pagar cantidad alguna por su utilización del mismo modo que los transeúntes de una ciudad no pagan los gastos de pavimentación de las calles cada vez que hacen uso de las mismas[189].

La depuración ideológica y el desarrollo de experiencias comparativas y estadísticas demostraron que la gratuidad de la justicia traía mayores complicaciones que soluciones al problema del acceso a la justicia.

4.5 En Argentina, Bidart Campos se interrogaba: "¿Por qué el justiciable ha de pagarle al Estado por el ejercicio de un *derecho* que, como lo es el acceso a la justicia, el Estado tiene el *deber* de satisfacer mediante una *función de su poder*? Las tasas son contraprestaciones que el contribuyente ha de sufragar por un servicio que recibe al Estado –por ej.: alumbrado público-. No se halla demasiado sitio en el espacio del derecho tributario una supuesta "tasa" de justicia que ha de abonarse cuando un órgano del Poder Judicial cumple una obligación –constitucional- por cierto, cual es la de impartir justicia en un proceso[190].

---

[187] Díaz, ob. cit., p. 245.

[188] Hazard, Jr., Geoffrey - Taruffo, Michele, *La Justicia Civil en los Estados Unidos,* trad. de Fernando Gascón Inchausti, Thomson – Aranzadi, Navarra, 2006, p. 112.

[189] Cfr., Guasp, ob. cit., p. 1168.

[190] Germán J. Bidart Campos, *¿Hay que pagarle al Estado para que administre justicia? (Repensando la tasa de justicia),* Columna de opinión del diario La Ley del 13 de marzo de 2003.

En los hechos ésta es la realidad: el Estado *debe* prestar la actividad jurisdiccional, porque al asumir de los hombres el *poder* de resolución de conflicto, que desplazó de aquellos la posibilidad de autotutela (justicia por mano propia), también se obligó a concretar una labor de justicia en cada caso concreto.

Inclusive, si fuera un servicio público podría argumentarse que la no prestación del servicio elimina la carga tributaria; porque si el servicio es malo, o se presta en condiciones deficientes, el pago hecho pierde sustento y permitiría su reintegro o repetición. Por eso es importante distinguir entre el precio y los ingresos tributarios por la circunstancia de que éstos últimos están sujetos al principio de legalidad o de reserva de ley en materia tributaria, mientras el primero puede –en principio- ser fijado por la Administración[191].

Esta diferencia también es trascendente porque no resulta jurídicamente admisible que se otorgue a la Administración, en el caso del precio, las facultades especiales que el derecho positivo le pueda conceder en el caso de los créditos de naturaleza tributaria. Todo intento de confundir tasa y precio con regímenes legales híbridos o atípicos debe ser entendido como un mecanismo para eludir las garantías individuales del contribuyente.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dio una respuesta puntual en el caso "*Cantos*" (Argentina) resuelto el 28 de noviembre de 2002. Sostiene entre otros conceptos:

> "Los Estados tienen, como parte de sus obligaciones generales, un deber positivo de garantía con respecto a los individuos sometidos a su jurisdicción. Ello supone tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención […][192].
>
> En el párrafo 62 dice […] "Por una parte, existen normas internas en la Argentina que ordenan liquidar y pagar por concepto de tasa de justicia y de honorarios de abogados y

---

[191] Conclusiones de las XV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, celebradas en Caracas (Venezuela) en el año 1991.

[192] *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, *supra* nota 5, párr. 151; *Excepciones al agotamiento de los recursos internos* (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11, párr. 34.

peritos sumas exorbitantes, que van mucho más allá de los límites que corresponderían al cubrimiento razonable de los costos y costas generados por la administración de justicia y a la equitativa remuneración de un trabajo profesional calificado. Por otra parte, también existen disposiciones que facultan a los jueces para reducir el cálculo de la tasa y de los honorarios aludidos a límites que los hagan razonables y equitativos".

"Es, asimismo, del conocimiento de este Tribunal, que la Suprema Corte de Justicia de Argentina ha invocado la posibilidad de hacer prevalecer en las causas judiciales de orden interno las disposiciones de los tratados internacionales, lo cual ha llevado a que en diversos procesos los jueces hayan aplicado directamente la Convención Americana, modificando, en lo pertinente, los alcances del orden normativo nacional[193]. Así las cosas, este Tribunal no encuentra fundamento para considerar que el Estado ha incumplido el artículo 2 de la Convención porque su orden jurídico, considerado en su integridad, no lleva necesariamente a impedir el acceso a la justicia".

"En todo caso sería aconsejable que el Estado suprimiera de su ordenamiento jurídico las disposiciones que pudiesen dar lugar, de una u otra manera, a la imposición de tasas de justicia y al cálculo de honorarios que, por ser desmedidas y excesivos, impidieran el cabal acceso a la justicia. Y a su vez adopte el conjunto de medidas tendientes para que la tasa de justicia y el cobro de honorarios no se transformen en obstáculos para hacer efectivo los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en la Convención Americana".

Resumiendo, la cuestión se puede enfocar en la puerta de entrada al proceso, y desde aquí también señalar ángulos diversos. El principio de economía propicia resguardar el derecho a ser oído en igualdad de oportunidades, a cuyo fin el costo del servicio judicial se puede presentar como una *tasa retributiva de servicios*[194], en cuyo caso, debiera definirse la eficacia del sistema ante los derechos del consumidor, teniendo en cuenta que, con esta libertad literaria, podríamos definir al justiciable como un consumidor del servicio judicial.

Luego, si se considera a *la tasa* como *tributo* en lugar de *precio por el servicio prestado* tendremos que responder varios desajustes que muestran la distancia entre el presupuesto de derecho y la realidad analizada; en cambio, si centramos el problema en la dimensión del debido proceso, entre cuyas reglas aparece el derecho de acceso a los

---

[193] *Ekmedjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros*, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Caso Nº. E.64.XXIII, Sentencia del 7 de julio de 1992.

[194] La Ley 23.898 de Argentina, define a la obligación tributaria como tasa retributiva de servicios y no como impuesto.

jueces, la tasa de justicia encontrará explicaciones contradictorias con el fenómeno que propende a la libertad de postulaciones ante la justicia y al acceso sin restricciones.

5. El principio de concentración (economía de esfuerzos)

5.1 La otra vertiente del principio de economía estaciona en la simplificación de los trámites y en la facilitación de las actividades, diseñando en cada orden, una serie de reglas que se amoldan al trámite donde se insertan.

La doctrina suele dividir la regla en dos campos. Por un lado, transitan los cánones para el desenvolvimiento de las actuaciones, ordenando el régimen hasta llegar a la sentencia; y por otro se presenta la cuestión de política procesal consistente en disponer quien o quienes son los obligados a cumplir con el mandato de la economía y aceleración de los tiempos del litigio.

Una regla muy utilizada es la que proviene de la *eventualidad,* que solo funciona en los modelos de procedimiento por etapas regidas por el principio de preclusión. Por eso, quedan al margen aquellos mecanismos sustanciados con el régimen de "unidad de vista", llamado también de "indivisibilidad", donde los distintos actos que integran el proceso no se hallan sujetos a un orden consecutivo riguroso, de manera tal que las partes pueden, hasta el momento en que el tribunal declara el asunto en condiciones de ser fallado, formular peticiones, oponer defensas y proponer elementos probatorios que no se hicieron valer en un período anterior[195].

El modelo romano – canónico que rige el modelo para el debate familiar, contiene un orden dispuesto para el trámite que resuelve con el *principio de eventualidad* una prohibición expresa: todas las alegaciones que sean propias de las etapas por las que atraviesa la controversia se deben presentar en forma simultánea y no sucesiva, de manera que, en el supuesto de rechazarse una de ellas, pueda obtenerse un pronunciamiento favorable sobre la otra u otras, que quedan planteadas *in omnem eventum*[196].

Por ejemplo, con la contestación de la demanda se debe acompañar la prueba documental que se tenga, y ofrecer los medios de confirmación que se quieran utilizar en la etapa probatoria; todas las excepciones se deducen simultáneamente con la resistencia

---

[195] Parra Quijano, Jairo, *Derecho Procesal Civil,* Tomo I (Parte General), Temis, Bogotá, 1992, p. 9.

[196] Palacio, ob. cit., p. 287.

a la pretensión; el recurso de nulidad por defectos de la sentencia queda comprendido en el de apelación; la reserva de la cuestión federal se practica en los escritos postulatorios; etc.

La regla defiende la previsión judicial y la seguridad jurídica, evitando la sorpresa de innovaciones o defensas que no fueron articuladas oportunamente, por lo que sufre la resistencia de cierto sector de la doctrina cuando el proceso tiene extensiones en el principio de congruencia.

5.2 También el principio recepta la llamada "acumulación eventual" que permite reunir en una misma pretensión, soluciones alternativas. Si una se deniega, se pide la segunda planteada en auxilio. Testimonian el caso, varias actuaciones del proceso de familia, partiendo de considerar que lo dispositivo es elástico y que la congruencia es relativa.

Pero donde mayor actividad se demuestra es el principio de concentración. Aquí la oficiosidad es notable, porque convierte en reglas de operatividad directa sobre la economía procesal, reuniendo la mayor cantidad de actos procesales en una o pocas actuaciones. La acumulación se opone a la dispersión, de modo tal que el sistema pensado para el trámite resulta esencial para este cometido.

En los procesos por audiencias, como se propone para los juicios de familia, se observa la efectividad del uso, al punto que, desde antiguo, Alsina decía […]:

> "El concepto de concentración expresa el hecho de que toda la actividad procesal, o por lo menos la recepción de la prueba, se realice en una o en pocas audiencias próximas, a fin de que el juez pueda adquirir una visión de conjunto y se encuentre en condiciones de dictar enseguida su sentencia; desde este punto de vista, la concentración es un complemento de la inmediación, porque supone la presencia en la audiencia de las partes, el juez, los testigos, peritos, etc."[197].

La concentración como regla para la "unidad de vista" parece importante para la economía de esfuerzos en el proceso de familia, pero la eficacia de ella va a depender, antes que de la simplificación por unificación de actos, de la inmediación que concrete el juez con la concentración dispuesta.

---

[197] Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial,* Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1957, p. 461.

5.3 Finalmente, ronda otro principio implícito en la oficiosidad, cual es que el proceso sea rápido, simple, sencillo, eficaz y comprensible por sus destinatarios.

La incidencia del tiempo en el proceso tiene una garantía genérica en el "plazo razonable" que se exige para la terminación de los litigios; mientras que el desarrollo, en sí mismo, debe quedar impreso en las reglas de la celeridad, evitando dilaciones innecesarias, demoras imprudentes, o períodos prolongados sin otro fundamento que la mera actuación.

De este modo el principio de celeridad se concreta con reglas especiales, que como en los casos anteriores, dependerá su eficacia del instrumento donde se la quiera aplicar. Por ejemplo, si el impulso de la causa es de oficio, el avance rápido y consistente es un deber jurisdiccional; en cambio, si la regla es la caducidad por abandono o negligencia, el desinterés de las partes no puede ser causa para la eternización de los juicios.

Parece de más agregar que, en torno a lo explicado, giran en órbitas convergentes dos principios esenciales: el de propiciar la eficacia del servicio jurisdiccional a través de un proceso sin restricciones (legitimación amplia, prueba conducente y efectiva; sentencia útil y motivada); y de lograr que el enjuiciamiento llegue en su tiempo, que no es otro que el de los intereses que las partes persiguen cuando ponen el conflicto en conocimiento de los tribunales.

Ambos preceptos concilian y obran armónicos e interactuados, porque de no serlo, cualquier infracción al derecho fundamental de la celeridad en los procesos serviría para advertir una crisis manifiesta en el derecho al proceso debido; y si fuera así, bastaría con condenar al órgano judicial que infringe el deber de rapidez sin otro recaudo que el de pronunciarse inmediatamente[198].

Para ello sería suficiente el artículo procesal a través del instituto de la pérdida de jurisdicción y la sanción por mal desempeño; pero el principio de celeridad se apoya en la garantía del plazo razonable, y persigue desde sus reglas consolidar el principio de rapidez con eficacia.

---

[198] Cfr. Gimeno Sendra, José Vicente, *Constitución y Proceso*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 141.

6. El principio de preclusión

6.1 El principio de preclusión responde a la necesidad de dar un tiempo a la oportunidad de alegar, probar y resolver. Por la preclusión procesal, en situación con los tiempos del proceso, se articula el orden secuencial de los actos, de manera ordenada, progresiva y donde cada actividad debe cumplirse en el período designado. Ello significa que el transcurso de una fase para seguir a otra, consume la oportunidad y extingue el tiempo ofrecido para hacer.

Esa preclusión origina tres posibilidades diferentes: en la primera, puede suceder que se pierda la alternativa o facultad de alegar por haberse cumplido el tiempo otorgado en los plazos del procedimiento. Aquí la preclusión castiga la inercia del interesado, dando por perdida la oportunidad.

En segundo lugar, si un acto procesal se realiza en una etapa equivocada privando con ello de obrar adecuadamente en la instancia en curso, se habla de *preclusión por extinción*. Con ella, el error impide regresar reparando el equívoco. También aquí la preclusión opera como sanción al descuido.

Finalmente, la preclusión obraría por *consumación* cuando ya se hubiera ejercido válidamente la facultad de que se trata. Cumplido el acto, no es posible reiterarlo, aún bajo el pretexto de mejorarlo o integrarlo con elementos involuntariamente omitidos en la primera ocasión.

6.2 La sentencia, para adquirir firmeza, necesita que el tiempo para consentir esté cumplido. Son, por tanto, sentencias firmes, aquellas contra las cuales no cabe recurso alguno, ordinario ni extraordinario, ya por su naturaleza, ya por haber sido consentidas por las partes. En el régimen procesal el principio se vincula con la regla del impulso procesal. Como una derivación de ambos llegan la *caducidad* y la *negligencia* como presupuestos de control a la celeridad del proceso.

La *caducidad* se ocupa de sancionar el abandono total o parcial del proceso, tarifando el tiempo de acuerdo a la naturaleza del trámite; o bien, teniendo por decaída, de oficio o a petición de partes, la producción de ciertas pruebas ofrecidas. La *negligencia*, en cambio, refiere a la morosidad de la parte para cumplir con la prueba, generando con su actitud un retardo en el trámite de la causa.

6.3 En rigor de verdad, el impulso procesal fundamenta la rigidez de los plazos y las modalidades con que se sanciona la inactividad procesal. Recordemos que la diferencia entre preclusión y cosa juzgada tiene efectos diferentes. La cosa juzgada no es sino la *res judicata,* que a su vez no es otra cosa que la *res in iudicium deducta*, es decir, el fundamento de la acción, después que el juez lo ha reconocido o negado en la sentencia. Por consiguiente, la sentencia que produce cosa juzgada es la que admite o rechaza la demanda, destinada a producir sus efectos fuera del proceso, protegiendo al vencedor contra cualquiera nueva pretensión respecto de la misma cosa (*exceptio rei iudicata*) o acordándole el derecho de solicitar su ejecución (*actio iudicati*).

Ahora bien: la incontestabilidad de la sentencia definitiva supone la *preclusión* del derecho a impugnarla tanto en su efecto como en su contenido, es decir, que no se admite contra ella recurso alguno ni puede renovarse la discusión de las cuestiones que ella resuelve. Desde este punto de vista, la preclusión tiene una función diferente: es el medio del cual se vale el legislador para hacer progresar el procedimiento impidiendo el retroceso de los actos procesales.

> Así, tiene de común con la cosa juzgada que impide una nueva discusión; por ejemplo, la cuestión decidida en una sentencia interlocutoria, cuando no es impugnada, queda preclusa y no puede ser renovada en el mismo proceso. Pero, en cambio, tienen una diferencia fundamental: en tanto que la cosa juzgada produce efecto fuera del proceso, la preclusión sólo produce efecto dentro del proceso y para ese proceso; la cosa juzgada supone entonces un proceso terminado, mientras la preclusión supone un proceso en marcha. Por eso es un error afirmar que las sentencias interlocutorias producen cosa juzgada, cuando sólo tiene efecto preclusivo”[199].

La preclusión, en los procesos de familia, tiene una aplicación restringida. La oficiosidad es el marco que determina el alcance, y la tutela del proceso eficaz tiene el deber de encuadrar el tiempo y sus circunstancias, para verificar si el acto que se puede decretar inoportuno, pueda significar eludir el deber de saber la verdad.

Vuelve a la escena el favor por la verificación necesaria antes que homologar el valor de las formas.

---

[199] Alsina, ob. cit., ps. 456/7.

7. El principio de saneamiento

7.1 El principio de saneamiento se instala en el campo de las facultades de la jurisdicción, procurando expurgar aquéllos vicios que inducen al entorpecimiento de la causa, o que provocan dificultades para reconocer el objeto en discusión, generalmente destinados a prolongar el proceso o impedir su rápida finalización.

El saneamiento reposa en los actos o en las conductas; cuando se aplica en los primeros trabaja entre las facultades jurisdiccionales de depuración del objeto; mientras que en el restante, es un reproche a la parte y/o sus abogados a quienes se califica desde el principio de moralidad, como veremos más adelante.

En el campo de la celeridad procesal, el principio pretende dos objetivos: *a)* refinar al proceso de vicios que inciden en la utilidad del litigio, y *b)* asegurar que el objeto del proceso se encuentre precisamente determinado, liberándolo de manifestaciones dispendiosas o de pruebas inconducentes que sean, en definitiva, un estorbo insalvable para resolver.

7.2 En el primer tramo consideramos la actuación del juez en el trámite generado hasta quedar los autos en estado de dictar sentencia. Podrá así, testar términos injuriosos, imponer la claridad en la redacción de los escritos, devolver presentaciones que violenten las reglas del derecho de defensa o sean ofensivos o agraviantes; expulsar de las audiencias a quienes las interrumpen, etc.

Entre muchos ejemplos posibles, podríamos formular algunos de ellos: no es dable derivar a otro proceso la dilucidación de cuestiones propuestas, conducentes y respecto de las que ha mediado suficiente resguardo del derecho de defensa.

El tratamiento de asuntos familiares donde hay intereses superiores como los del niño, exigen obrar con la mayor economía procesal, habida cuenta, por lo demás que, dada la instrumentalidad de las formas, es correlato de sistemas procesales familiar una cierta flexibilidad para que el juez se adapte a las circunstancias del caso a fin de lograr la tutela rápida, justa y eficaz de los derechos esgrimidos por los litigantes.

8. La caducidad de la instancia

8.1 Anticipamos que, el impulso en manos del juez o de las partes, o de ambos compartiendo la obligación, significa penalizar la inercia de quien corresponda. En los sistemas procesales suele tener variaciones de encuadre, pero en el modelo que se propone para los juicios de familia, puede ser un instituto inaplicable.

En efecto, si es el tribunal quien recibe el encargo de avanzar en el proceso obrando con el principio de oficiosidad, cuando no lo hace, puede perder el poder jurisdiccional (castigo menor) o incurrir en la causal de mal desempeño que lo puede llevar a un juicio destitutivo.

En cambio, si la atribución se delega a la parte actora, o a quien tiene el interés principal, la demora produce la caducidad o perención de la instancia; consecuencia que también se permite cuando la regla del impulso es cooperativo.

8.2 En verdad, el presupuesto de la caducidad de la instancia no es solo la inactividad de la parte, sino también ocupa la actividad inútil, dispendiosa o, *lato sensu*, inidónea, esto es, lo que no hace avanzar el proceso por las etapas ordenadas que lo conducen hacia la sentencia.

En el mismo sentido, la dirección que tiene el juez sobre el proceso le facilita el control sobre la regularidad de la instancia y el cumplimiento de plazos y términos previstos; más allá de ponderar el interés que se debe resguardar a través del proceso jurisdiccional, que pone la clave acerca de porqué en algunos tipos de proceso, la instancia queda en manos del tribunal porque es a él a quien le corresponde impulsar los actos para llegar a la sentencia en el menor tiempo posible.

No se trata, entonces, de fomentar una división entre procesos que debaten intereses privados cuya disposición sea exclusiva y absoluta de las partes; frente a procesos de trascendencia pública o contenidos de interés general que auspicien postergar el interés de las partes dando lugar a otras preferencias.

8.3 El impulso tiene que resolver la naturaleza del deber jurisdiccional: o es inerte y espera que el proceso avance por la actividad que las partes celebren conforme lo dispongan; o él mismo resuelve la instancia siguiendo los pasos que ordene el

procedimiento. Si éste último es el camino, y así lo es en los procesos de familia, se vuelve notorio que es inaplicable el instituto de la caducidad de la instancia.

Adviértase que la perención constituye un modo anormal de finalización del proceso que conspira contra el principio de conservación de aquél, por lo que la doctrina y jurisprudencia han asumido una postura restrictiva en su aplicación.

En materia familiar, por ejemplo, teniendo presente el fin tuitivo de las normas legales aplicables y el interés superior que se reclama tutelar, el abandono voluntario o renuncia de la instancia debe subordinarse a una presunción de veracidad y certeza que lleve al convencimiento del magistrado que la conducta omisiva del litigante implica un desistimiento tácito del mismo, obstaculizando la marcha regular de la causa impidiendo al tribunal avocarse a su definición normal. Este desinterés sólo resulta palpable, con escaso o nulo margen de duda, ante el incumplimiento de la intimación que a dichos fines debe realizarse. En tales condiciones, es decir, tras el requerimiento previo, sólo podría decretarse la caducidad de la instancia si existen estos presupuestos notorios de abandono.

En realidad, el debate se focaliza en la utilidad del instituto de la caducidad de la instancia, en la medida que su aplicación tiene como fundamento la sanción o el castigo a quien deja inactivo el proceso; sin advertir que las sucesivas reformas procesales han instalado en el juez el deber de *tomar medidas tendientes a evitar la paralización del proceso*, *impulsar de oficio el trámite cuando existen fondos inactivos de menores o incapaces* (art. 36 inciso 5º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina), entre otros deberes de atención directa sobre el problema que debe resolver en justicia.

8.4 En definitiva, la caducidad de la instancia no puede servir de excusa para dejar en las partes la obligación de mantener continua la instancia, porque el tránsito oportuno por las etapas le corresponde al tribunal. Este deber sobre la continuidad y regularidad, no obstante, le permite verificar el cumplimiento de las cargas y obligaciones, de modo tal que la aplicación de oficio o a pedido de parte de la perención constituye una potestad implícita en las facultades de dirección.

Por ello, muchas veces se ha planteado la inconstitucionalidad de la caducidad de la instancia, analizando para ello el efecto inmediato que produce en el derecho de defensa en juicio, y en el de acción representado por el derecho de peticionar a las autoridades.

Sin embargo, la perención no violenta dichos principios porque su eficacia solamente se extiende al proceso donde se declara. No ataca al derecho de acción que, en todo caso, se puede replantear salvo que el derecho para hacerlo hubiera prescripto. Precisamente porque son consideraciones de orden práctico las que determinan la conservación de la actividad útil cumplida en el proceso que fenece, la caducidad tampoco afecta el derecho de defensa.

También se argumenta que la caducidad decretada de oficio, constituye un avance indebido del juez sobre las actividades de las partes, que viola el principio de igualdad procesal, tal como sucede como cuando se resuelven medidas probatorias sin petición expresa de las partes. Empero, no se puede asimilar el deber de actividad probatoria con el impulso procesal, porque mientras el primero es una carga, el segundo constituye un deber u obligación de las partes.

Obviamente, a efectos de examinar la procedencia de la perención, la posición de aquel sobre quien pesa la carga probatoria, con la de quien debe impulsar el procedimiento, no es igual ni se aproxima, puesto que se trata de cargas de diferente naturaleza que si bien pueden recaer sobre distintas partes del proceso, no cabe duda que mientras una estará a cargo del excepcionante, la otra le corresponderá a quien promueva la acción.

> En consecuencia, la razón de ser del instituto no apunta a coartar derechos constitucionales de propiedad y defensa en juicio, sino a reglamentar su ejercicio por medio de la fijación de plazos razonables dentro de los cuales éste debe realizarse, para desembarazar al órgano jurisdiccional de las causas paralizadas en las cuales el desinterés de los contendientes de llevarlas adelante es evidente, y propender de tal modo, a la agilización del reparto de justicia como forma de satisfacer los intereses colocados por encima de los meramente particulares, pues la finalidad de la institución excede del mero beneficio de los litigantes, ocasionalmente favorecidos por sus consecuencias[200].

Este requisito parte de comprender que el abandono del trámite no se puede justificar en la falta de actividad del órgano jurisdiccional, ya que no sería posible pretender, razonablemente, que éste sustituya a los interesados y supla la inercia de los litigantes, cuando la participación de ellos es ineludiblemente debida, atento a la vigencia del principio dispositivo y a la índole procesal de impulso requerida.

---

[200] Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., “Síntesis jurisprudencial" en *Caducidad de la Instancia* (obra dirigida por Isidoro Eisner), Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 221.

Recordemos que la inactividad no es solo aquella que supone omisión negligente de cumplir actos procesales de impulso y desarrollo de la causa judicial donde ha planteado un interés a tutelar; sino también, las acciones inoficiosas o carentes de idoneidad para avanzar el procedimiento.

CAPÍTULO XI

EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

1. Oficiosidad y congruencia

1.1 Otro aspecto relevante de la oficiosidad se relaciona con la alteración legítima del principio dispositivo y su proyección sobre el objeto a resolver.

En la teoría general se sostiene que el juez no puede actuar fuera del marco de lo pedido por las partes. La aplicación práctica del principio significa que le está prohibido resolver sobre cuestiones no propuestas. Tampoco puede dar una solución distinta o diferente a la que se planteó entre el objeto de la demanda y la resistencia; ni tiene la posibilidad de ampliar la condena superando la expectativa que se expuso en los escritos postulatorios.

Una incursión distinta genera los llamados "defectos de congruencia", que se relacionan con los deberes del juez al tiempo de dictar sentencia, los que si bien se vinculan con la pretensión y los sujetos procesales, también se extiende a los actos del proceso, e inclusive, a la materia probatoria, como veremos en el capítulo XIV.

Es propio, entonces, del principio dispositivo que el actor inicie el proceso y aporte los hechos; indique los sujetos a quienes demanda, y concrete la pretensión sobre la cual el juez deberá dictar la sentencia de mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados.

1.2 También la congruencia puede quedar afectada si los hechos que se reciben en el proceso son ampliados o replanteados, y con ello se permite modificar o transformar la demanda. Si bien es cierto, en la mayoría de los ordenamientos procesales rige la regla de preclusión, por el cual, todo tiene su tiempo y ocasión para quedar en el proceso; también lo es que en un sistema que no sea rigurosamente preclusivo, existe la posibilidad de deducir nuevas pretensiones.

Ahora bien, en los capítulos que preceden hemos advertido que tanto el principio dispositivo, como el de preclusión; el impulso procesal; y muchos otros que forman parte del elenco de la teoría general del proceso, en materia familiar revierten y exigen adaptaciones a un nuevo modelo de jurisdicción tuitiva.

Por tanto, aunque el principio de congruencia es una proyección del principio dispositivo exigiendo que la sentencia definitiva se refiera estrictamente al objeto procesal planteado como pretensión de las partes; por lo cual, sólo éstas podrán quedar alcanzadas por el pronunciamiento; y los hechos referidos serán, únicamente, los alegados por las partes; esta es una regla que se modifica constantemente cuando los conflictos familiares se van relevando y descubriendo.

Veamos así, algunas probabilidades de transformación del principio de congruencia.

2. Ampliaciones de la congruencia hacia sujetos que no son partes

2.1 La intervención de terceros en el proceso es una institución pensada para que se evite la indefensión de aquellas personas a quienes la sentencia podría alcanzar. La participación puede ser voluntaria cuando la requiere el propio interesado; o coactiva si son las partes quienes solicitan la citación o el emplazamiento.

Por lo general el tercero pierde esa calidad procesal cuando se presenta y adhiere posiciones con uno de los sujetos del proceso, convirtiéndose en una parte del litisconsorcio.

Estas son explicaciones dogmáticas, que cambian cuando en los procesos de familia vemos que hay individuos a quienes se los debe oír obligatoriamente, aun sin tomar intervención procesal activa, debiendo en su lugar promover el protagonismo para que se pueda escuchar su parecer, y con el efecto probable que ello influya en la decisión judicial.

De este modo, habrá decisiones judiciales que impactan directamente en el principio dispositivo (elección del actor de los sujetos a quien demandar); en la regla de preclusión (porqué al ser oido un sujeto que no es parte, se pierde el derecho de oposición que podría ester fenecido); y sería posible alterar la cosa juzgada al darle posibilidad con los efectos de la sentencia a dejar alcanzado a un sujeto que no fue parte (v.gr.: ¿qué

pasaría si un niño dentro de un proceso de resposabilidad parental que discuten sus progenitores, dice al juez que él prefiere quedarse con un familiar y la sentencia así lo determina?).

2.2 Si nos guiamos por los principios procesales aplicables a todo tipo de procesos, la demanda se dirige contra quienes el actor menciona en el escrito constitutivo y persigue alcanzar y comprometer con sus pretensiones. Por su parte, el demandado resiste a la pretensión, es decir, no tiene una demanda propiamente dicha contra el actor; sólo se defiende.

En consecuencia, la *litiscontestatio* supone el enfrentamiento entre partes conocidas y libremente dispuestas por quienes son "justas partes"; mientras que la incorporación de terceros, es un fenómeno extraño pero necesario para la regularidad de la instancia y el derecho a obtener una sentencia útil y efectiva.

Por ello, la intervención de sujetos convocados con el permiso del principio de oficiosidad, es una potestad particular de los procesos de familia que a sabiendas de la protección que se debe ofrecer a la institución, y dentro de ella, a ciertos intereses superiores (v.gr.: menores de edad; mujeres en situación de vulnerabilidad; ancianos enfermos; vulnerables *lato sensu*), admite que el derecho a ser oído tenga estas singularidades especiales que alteran el clásico esquema de la congruencia.

2.3 Además del supuesto de terceros alcanzados por la sentencia, hay otros donde siquiera toman intervención en el litigio ni son emplazados a constituirse en parte. Supongamos que el menor que alega en el proceso entre sus padres, que quiere quedarse con sus tíos para que sean ellos quienes adquieran la responsabilidad parental ¿Puede la sentencia alcanzarlos sin mella a la garantía del derecho de defensa?

De así resolver, se estaría dando cumplimiento a los alcances que pide la Convención sobre los derechos del niño, pero quedaría alterado el derecho a ser oído que tienen los parientes, además de oprimir la congruencia procesal estricta.

Para explicar este probable desajuste algunos afirman que, la actuación judicial es preventiva y, a pesar de estar fuera del marco de la congruencia objetiva (pretensión material) y subjetiva (partes del proceso), no afecta la garantía señalada pues se ha

modificado el eje normativo de atención. Se da preferencia al interés superior del niño y la sentencia que lo dispone cumple con un mandato superior al de una regla procesal.

Otros argumentan que este modelo sale del patrón de la sentencia dirimente, que juega con el efecto de la sentencia sobre lo pedido por las partes, que supone al mismo tiempo, no alterar las reglas de la bilateralidad y contradicción para lograr así una solución justa. Mientras *ab initio* se castigó al autor del ilícito, actualmente se atiende la situación de la víctima. De este modo, el derecho a la sentencia favorable que antes era solo para las "justas partes", ahora se abre al abanico de posibilidades y convierte la decisión en una sentencia tuitiva y ajustada a derecho.

Probablemente desde la teoría pura tal decisión esquive principios procesales muy arraigados; e inclusive, se podrá afirmar que altera la función judicial al provocar una decisión que se parece demasiado a un acto administrativo. No obstante, cómo negar que con ella se esta dando una solución diferente a la tradicional.

2.4 Hay aún más supuestos donde la congruencia no se afecta más allá de condenar a sujetos que no han sido partes en el proceso.

Uno de ellos radica en darle al proceso de familia una integración dentro de los procesos constitucionales, que permiten extender la cosa juzgada a terceros; supuesto lógico que solo enunciamos para no confundirlos con la extensión que queremos señalar para el proceso civil[201].

---

[201] El Código Modelo Tipo para acciones colectivas, aprobado en 1998 por el Instituto Iberoamericano de Derecho procesal, dispone: *Art. 33.- Cosa juzgada:* En los procesos colectivos de que trata este Código, la sentencia hará cosa juzgada *erga omnes*, excepto cuando la pretensión fuere rechazada por insuficiencia de pruebas, caso en el cual cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, si se valiere de nueva prueba.

Par. 1º. Asimismo, en la hipótesis de rechazo basado en las pruebas producidas, cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, en el plazo de 2 (dos) años contados desde el conocimiento de nueva prueba superveniente, que no hubiera podido ser producida en el proceso, siempre que ella sea idónea, por sí sola, para modificar el resultado del proceso.

Par. 2º - Tratándose de intereses o derechos individuales homogéneos, en caso de rechazo de la pretensión, los interesados podrán deducir la acción de indemnización a título individual.

Par. 3º. Los efectos de la cosa juzgada en los procesos de tutela de intereses o derechos difusos, no perjudicarán las acciones de indemnización por daños personalmente sufridos, propuestas individualmente o en la forma prevista en este Código, pero si hubiera sido declarado procedente el pedido, tales efectos beneficiarán a las víctimas y a sus sucesores quienes podrán solicitar la liquidación y la ejecución en los términos de los artículos 22 a 24.

Par. 4º. Lo dispuesto en el parágrafo anterior, es aplicable a la sentencia penal condenatoria.

Similar encuadre ocurre con los denominados procesos sociales, en los cuales el juez o tribunal deben trabajar sobre un concepto diferente. Nos referimos a la función social que se reclama de los jueces. De hecho son múltiples las manifestaciones que dan muestras suficientes de la adaptación permanente de las sentencias a la realidad donde se inserta, morigerando con ellas el rigor técnico de algunos principios procesales.

El análisis que se propone para convalidar este criterio es diferente al adquirido. Consiste en dar una pauta de conducta cuando la solución del conflicto necesita eludir alguna regla o pauta del proceso; sea formal (v.gr: un plazo), o sustancial (v.gr.: dar patrones de cumplimiento en un contrato), y hasta constitucional (v.gr.: extender los alcances de la cosa juzgada a quienes no han sido partes).

La justicia suele presentarse como "de acompañamiento", donde la razón de la crisis permite eludir reglas estrictas para alcanzar una solución justa y proyectada al clamor social.

2.5 Es que, por debajo de lo que las leyes parecen decir literalmente, es lícito indagar lo que quieren decir jurídicamente y si bien no cabe prescindir de las palabras de la ley, tampoco hay que atenerse rigurosamente a ellas cuando una interpretación sistemática así lo requiera, dado que la misión judicial no se agota con la remisión a su letra, ya que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la *ratio legis* y del espíritu de la norma[202].

Esta es una primera lectura en un asunto común. Interpretar la ley es una potestad del juez que no se puede controvertir ni limitar, y el sentimiento de hacer justicia se vincula directamente con este poder. Desde esta posibilidad abierta, se continúa con la potestad de modificar cláusulas inconvenientes con disposiciones de la justicia internacional o del propio control de convencionalidad.

Finalmente, la función ha de estar atenta a toda alteración que esté en sus manos corregir, y en este campo, la familia es un derecho a proteger, y dentro de ella, los intereses superiores admiten cambiar los principios comunes de la teoría general del proceso.

Par. 5º. La competencia territorial del órgano juzgador no implicará una limitación para la cosa juzgada *erga omnes*.

[202] CSJ Argentina, "*Abal Medina, Juan M.*", 2 de agosto de 1983, Fallos: 305:973.

3. Ampliaciones de la congruencia en la pretensión

3.1 La posibilidad de resolver fuera del marco de lo pedido no agravia el derecho de defensa ni conspira con la garantía del debido proceso[203]. No se trata de cambiar el interés puesto de manifiesto en la demanda, ni de socavar el derecho del litigante a satisfacerlo en la misma proporción que ha propuesto, sino de advertir que, la cosa demandada no es un objeto estanco y acotado, sino un marco de referencia donde el poder del que pide e inclusive, los acuerdos logrados entre las partes, permite reconducir o replantear la pretensión llevándola a una flexibilidad que el principio de congruencia, en los parámetros actuales, no admite ni tolera.

No se trata, claro está, de alterar la pretensión sin que la parte interesada resuelva el cambio o la reversión, sino de impulsar la transformación del objeto pedido cuando de las propias contingencias de la causa se advierte la eficacia de propiciar soluciones alternativas.

Este fenómeno se visualiza en diversas variables, como puede ser la determinación en la sentencia condenatoria de una reparación en cuotas o en especie. O bien, cuando se restituye el derecho alterado y se promueve entre las partes la negociación para evitar conflictos futuros. También, cuando se interpreta la conducta de las partes y se altera el sentido de la pretensión sin quebrar la índole de la satisfacción y el derecho a una sentencia justa.

En otros términos, no existirá incongruencia cuando se decida sobre una pretensión que, aunque no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso. Porque para que el vicio afecte el derecho de defensa deberá mostrar un absoluto desvío de la pretensión con consiguiente indefensión y

---

[203] Afirma Oteiza que el juez llamado a decidir el conflicto puede enfrentarse a la necesidad de indagar sobre lo realmente pedido, lo cual no significa que haga suya la petición o la desarrolle a su gusto. En una contienda referida a derechos privados la decisión debe guardar correspondencia con el pedido de reconocimiento de esos derechos, lo cual no soluciona el problema de la falta de claridad en el lenguaje utilizado en el proceso. Cierta flexibilidad otorgada al juez a la hora de meritar el alcance de lo pedido y su correspondencia con el eje del debate no supone una injerencia del Estado en la esfera de la autodeterminación, sino la capacidad de moderar las formas empleadas para discutir con mayor libertad en el campo favorable a la fiel expresión de las posiciones de las partes (Oteiza, Eduardo D., *El juez ante la tensión entre libertad e igualdad*, en Revista de Derecho Procesal (número extraordinario en homenaje a J. Ramiro Podetti), Rubinzal, Buenos Aires / Santa Fe, 2004, p. 226).

sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes, de forma que la decisión judicial, se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, en consecuencia, las partes no tuvieran oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones y argumentos que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales[204].

> En el Código Civil y Comercial de Argentina, el artículo 707 con el título "Participación en el proceso de personas con capacidad restringida y de niños, niñas y adolescentes" se establece una dimensión de estas apreciaciones. Alli se establece […]: "Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso".
>
> Este artículo efectiviza el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, estableciendo dos categorías protegidas: las personas mayores de edad con capacidad restringida y las personas menores de edad. Con ellos se integra un bloque de constitucionalidad, que recepta la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos[205].

---

[204] Cfr. Revista Internauta de Práctica Jurídica Núm. 3 (septiembre- diciembre, 1999), "*La congruencia como requisito de la sentencia en la jurisprudencia constitucional del año 1998*", Sergio González Malabia, Universidad de Valencia.

[205] Herrrera – Caramelo – Picasso, *Código Civil y Comercial anotado*, tomo II, cit., p. 549.

CAPÍTULO XII

EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN EL PROCESO DE FAMILIA

1. Introducción

1.1 El principio de la buena fe aplicado al desarrollo del proceso civil, reelaborado para las cuestiones familiares, ha tenido a lo largo de la historia una lectura distinta, casi novedosa, porque aun cuando el derecho romano fustigó las conductas atípicas, la interpretación de la *bona fides* como principio autónomo del proceso es relativamente reciente.

Es más, hasta podría afirmarse que recién se instala la discusión sobre la necesidad de obrar con lealtad y probidad, cuando se advierten los desatinos de la conducta de las partes, y las exageradas posibilidades de exceso que les facilitaba el principio dispositivo, interpretado sin otro límite que el "interés de los litigantes".

Con ello queremos reflejar una primera conclusión: La buena fe es exigible en el ejercicio de cualquier acción y de cualquier derecho. Este principio fundamenta cualquier ordenamiento jurídico, tanto público como privado, al enraizarlo con las más sólidas tradiciones éticas y sociales de la cultura.

Por eso, ni el individuo que acude al proceso para solucionar su conflicto ni el abogado que dirige esa realización, se pueden mostrar desinteresados de esas notas que vienen a ser constitutivas de una regla de convivencia; y es así que la buena fe procesal destaca el íntimo parentesco que existe entre la moral y el derecho[206].

1.2 Ahora bien, la cuestión sobre el alcance que tiene este deber de comportarse a tono con un principio general del derecho, necesita de adecuaciones al medio donde se desarrolla y exige. Porque si el proceso civil se colige como un problema entre partes donde un tercero actúa solamente para decir el derecho que a cada uno le corresponde, y en el que tras el devenir del conflicto resulta un ganador y un derrotado; con este

---

[206] Gozaíni, Osvaldo A., *Temeridad y malicia en el proceso*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002, ps. 78 y ss.

emplazamiento, el principio de buena fe sería nada más que una regla del juego. En cambio, si el proceso se mide por su eficacia y trascendencia, no habrá que analizar únicamente la victoria de uno o el sinsabor de otro, porque la sociedad toda estará interesada en ese resultado, y la buena fe entre partes será un principio ético a cumplir; pero deducir de ello que el principio de moralidad (por ahora, como sinónimo de la buena fe en el proceso) alcance al ejercicio de derecho de defensa puede ocasionar disfunciones; en cuyo caso es mejor interpretar que la regla pervive para evitar situaciones de abuso (*con* el proceso o *en* el proceso).

No hay que perder de vista en ambas situaciones, que el proceso es antes que un método de debate, una *garantía fundamental* del hombre que, encolumna tras las condiciones del debido proceso, un conjunto de reglas y principios que acondicionan la seguridad del derecho.

> Tal como dice Ramos Méndez […], "es el mecanismo de tutela que se ofrece al ciudadano, a cambio de su renuncia a la autodefensa. La forma de tutela civilizada pasa por el sistema procesal, que en la mayor parte de los casos aparece como de uso obligatorio. Desde este punto de vista, hay que ser sumamente cautos en poner trabas al uso libre del sistema, sin cortapisas que lo hagan impracticable"[207].

1.3 Esta claro así, que establecer en los procedimientos un sistema punitivo es un contrasentido con el mismo mecanismo de funcionamiento del proceso. Obsérvese, por ejemplo, cómo se presentan los hechos (donde muchas veces la verdad queda sorteada por la alegación de versiones), se ofrece y desarrolla la prueba (confirmando versiones o demostrando verdades alegadas, pero reacia a buscar la certeza absoluta), y se concreta la sentencia (donde el juez está obligado a respetar el principio de congruencia y resolver *secundum allegata et probata*).

En pocas palabras, ¿cómo se puede exigir a las partes una conducta monacal, cuando la técnica procesal es un juego de ficciones?.

Por eso, postulamos la necesidad de esclarecer y delimitar el principio general de la buena fe como fundamento del ordenamiento jurídico, de los distintos modos en que aparece en el curso del proceso; pues no se trata de buscar su consagración en una norma

---

[207] Ramos Méndez, Francisco, *¿Abuso de derecho en el proceso*?, en "Abuso dos direitos processuais", obra coordinada por José Carlos Barbosa Moreira, editorial Forense, Río de Janeiro, 2000, ps. 234 y ss..

jurídica positiva, sino de encontrar un rigor conceptual que dibuje los rasgos definitorios, que entrelace los parentescos que se definan y que, en suma, evite el desprolijo entender la buena fe, el abuso del derecho o el fraude a la ley, como figuras de una misma entidad.

1.4 De otro modo, existen riesgos que no siempre se quieren correr. El primero es convertir al proceso en lo que no es, porque si se aplican reglas de cortesía y honestidad exigible a las partes, habría que cambiar sortilegios ambivalentes como establece la escritura, que convierte las afirmaciones volcadas en el papel en lo único que se puede atender, porque de otro modo, "no está en el mundo". Así las cosas, mientras las partes luchan entre sí con lealtad, probidad y buena fe, en concreto lo hacen en un juego sofista donde la realidad es distante y la confianza de la gente prácticamente nula.

Otro riesgo es transformar al magistrado en un árbitro del espejismo de lealtad y un represor de la infidelidad con las reglas. Establecido este criterio, habrá que eludir numerosas posibilidades de defensa que pueden verse como excesos en su ejercicio (v.gr.: recusación sin causa, desconocimiento de la firma que es propia, recursos insistentes, planteos insustanciales, etc. etc.).

La diversidad interpretativa se observa, inclusive, en la opinión de la doctrina. En el relatorio del Congreso Internacional de Derecho Procesal presentado en octubre de 1998 en la Universidad de Tulane (New Orleans), se afirmó que el principio de moralidad incluye el deber de evitar situaciones de abuso procesal porque, con ellas se vulnera el derecho que tiene toda persona al debido proceso. Inclusive, interpreta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC 9/87) sostiene que el principio queda inmerso dentro de las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo la consideración judicial[208].

Mientras otros, como Ramos Méndez en el mismo simposio, dijo que […]

> "En el proceso, que encarna la lucha por el derecho, se reflejan las mismas tensiones que en el resto de la sociedad. Lo razonable es asumirlas. Los verdaderos protagonistas del litigio son los ciudadanos, no los Tribunales. Dejémoslos desahogarse a sus anchas. No estrechemos innecesariamente el marco de las garantías procesales"[209].

---

[208] Oteiza, Eduardo D., *Abuso de los derechos procesales en América Latina*, en "Abuso dos direitos processuais", obra coordinada por José Carlos Barbosa Moreira, editorial Forense, Río de Janeiro, 2000, p. 88.

[209] Ramos Méndez, ob. cit., p. 236.

La ambivalencia es manifiesta: en un extremo se posiciona como regla del debido proceso; y en otro como un deber de conducta formal sin demasiadas exigencias.

2. El principio de moralidad y la buena fe en el proceso

2.1 Nosotros creemos que el principio de buena fe en el proceso puede ser entendido como un *hecho* (creencia de obrar con derecho) o como un *principio* (lealtad y probidad hacia el juez y la contraparte), teniendo explicaciones diferentes.

En lo sustancial, el primer aspecto se releva como *buena fe subjetiva*, y consiste en la convicción honesta de obrar con razón y sin dañar un interés ajeno tutelado por el derecho. Mientras que el segundo se relaciona con la *buena fe objetiva*, que se visualiza en las conductas, como comportamiento de fidelidad, que se sitúa en el mismo plano que el *uso de la ley*, es decir, como cita De los Mozos, adquiere función de norma dispositiva, de ahí su naturaleza objetiva que no se halla basada en la voluntad de las partes, sino en la adecuación de esa voluntad al principio que inspira y fundamenta el vínculo negocial[210].

Llevado al proceso civil, estas tendencias muestran que la conducta de las partes puede leerse también en dos sentidos. Por un lado habrá que custodiar el desempeño en base a una regla de conducta inspirada por la buena fe, que supone esperar que los litigantes se desempeñen con lealtad y probidad. Este aspecto no tiene presupuestos ni condiciones, porque es un principio amplio que, en el terreno procesal, podríamos denominar como *principio de moralidad*.

Por otro sendero transita la interpretación de los comportamientos, para advertir si la creencia de actuar asistido de razón, es sincera y sin intenciones malignas o dolosas. Estas acciones obligan al juez a estudiar las conductas y derivar sanciones cuando entiende que con aquéllas se incurre en desatinos, como son las acciones temerarias (actuar a sabiendas de la propia sinrazón) o maliciosas (conductas obstruccionistas del orden regular del proceso). Aquí se expresa como una facultad jurisdiccional, o poder disciplinario del tribunal.

---

[210] De los Mozos, José Luis, *El principio de la buena fe*, Bosch, Barcelona, 1965, ps. 18 y ss..

2.2 Este dualismo se refleja en los códigos latinoamericanos y se expande como tendencia dominante, donde el principio de moralidad del proceso establece un deber genérico que obliga a los sujetos procesales a cumplir con las reglas de conducta derivadas del principio de buena fe; y sancionando las acciones abusivas de esa regla, tornando así la creación de un nuevo principio procesal que sería la prohibición de ejercer *abuso procesal.*

El derecho, en general, tipifica las conductas de los hombres pretendiendo en su contenido que aquéllos se ajusten a las normas dispuestas, amparando con su protección a los que coinciden en el cumplimiento y sancionando a los infractores.

Esta lógica de las relaciones jurídicas provoca el natural encuentro de los hombres en el tráfico, en la convivencia diaria y en toda la variedad que produce la comunicación humana. Es natural pensar que estas vinculaciones se ligan bajo el principio de la *buena fe - creencia*, es decir, que el desenvolvimiento cotidiano se entrelaza por las mutuas conciencias de actuar conforme a derecho.

Pero además, el principio de la confianza tiene un elemento componente de ética jurídica y otro que se orienta hacia la seguridad de las relaciones. Ambos no se pueden separar. Deviene así conmutable con estas ideas el segundo principio donde asienta el intercambio social*: la buena fe - probidad*, o conciencia de obrar honestamente.

Transportadas al proceso estas deducciones del comportamiento, resulta difícil aplicarlas estrictamente en la medida que el marco donde la conducta se desenvuelve es absolutamente diferente. Mientras en el negocio jurídico se parte de la base de la confianza, en el proceso de familia la característica esencial es lo contrario. En términos estrictos significaría enfrentar un adversario y derrotarlo, pero esto es inasible para la transformación del modelo para resolver los conflictos familiares.

2.3 Por eso las nociones tienen coloraciones que se deben precisar, debiendo en consecuencia destacar cinco significados corrientes, pero con singularidades al ser aplicados en su propia circunstancia:

a) La buena fe refleja *lealtad, honestidad y fidelidad*, cuando en el derecho de fondo exige acciones positivas para establecer la relación jurídica de que se trate. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe, de acuerdo con lo que las partes verosímilmente entendieron al tiempo de contratar; ésta es la consigna en la

formación y cumplimiento del contrato. En el proceso civil, la conducta leal, honesta y fiel se colige como un principio abierto que reposa en un contenido deontológico, es decir, de ética en el comportamiento profesional y como una regla que gobierna la conducta de las partes. La deslealtad, la deshonestidad y la infidelidad encuentran normas procesales que las sancionan tomando cuerpo en multas particulares o para entender que esa conducta supone una prueba en contra de quien la practica, etc. De alguna manera, tiene consecuencias que se advierten en el resultado (la sentencia), al aplicarse sanciones por temeridad y malicia, o por interpretar en contrario la prueba producida con argucias desleales, o sancionando al obstruccionista recalcitrante, etc.

b) La buena fe supone *confianza*, como criterio de reciprocidad, en la cual está implícita la comunidad de intereses y los objetivos comunes. Son proyecciones de esta regla, la doctrina de los actos propios, y el abuso del derecho, que se acomodan tanto para los negocios como para el debate procesal.

c) También puede manifestarse como *credulidad,* y obviamente se vincula a la confianza. Tal es el sentido de la ley penal cuando castiga los delitos que consisten en sorprender la buena fe de alguien.

d) *Errónea creencia o convicción* respecto de una situación de hecho ligada al derecho, es otra lectura de la buena fe. Hay aquí un presupuesto que admite en el error involuntario un elemento de justificación. En el proceso, por ejemplo, la condena en costas puede excusarse cuando se alega que alguien ha obrado en la creencia de estar asistido de razón y derecho. Son numerosos otros ejemplos, como los de posesión de buena fe, o el matrimonio putativo. Esa ignorancia o errónea convicción es una señal de honestidad.

e) Finalmente, la buena fe tiene un sentido valorativo que culmina con la *equidad* que debe presidir la interpretación, la ejecución y la revisión judicial de las convenciones. De algún modo, es el principio que permite la revisión del proceso fraudulento, o que posibilita revocar la cosa juzgada írrita.

Esta vastedad del principio no se agota en las utilizaciones descriptas. Se ha entendido que también constituye un principio de interpretación e integración del derecho.

2.4 De modo tal que el amplio espectro que ocupa la buena fe perdona la falta de definiciones precisas, y razona el motivo por el cual su estudio se bifurca en su consideración como hecho y como principio. En cambio, la buena fe como precepto concibe un entendimiento más cabal y toma cuerpo preciso en el problema que interesa a este estudio: su presencia en el proceso[211].

Por su parte la jurisprudencia también afirma, como una de las derivaciones del principio cardinal de buena fe, que existe un derecho a la veracidad ajena; al comportamiento leal y coherente de los otros, sean éstos los particulares o el Estado.

> De manera acertada ha destacado Couture que […] el principio de buena fe y lealtad procesal debe ser de gran preocupación, en cuanto supone una pauta ética a la que deben adecuar su comportamiento los sujetos intervinientes en el debate procesal; el hecho de tener instaurado un determinado parámetro ético es la finalidad del proceso, consistente en hacer justicia en cada caso concreto, procurando que la decisión se ajuste a los hechos y al derecho vigente. Los obstáculos que alteren ese objetivo, aunque sean lícitos jurídicamente, alteran la noción de debido proceso, consagrada como derecho humano[212].

2.5 Al derecho procesal civil no le corresponde calificar la "*bona fides*", pues éste contesta a un concepto de filosofía jurídica que se conjuga con otras ciencias como la del derecho y la historia. Hemos anticipado que la alternativa de considerar la *buena fe-creencia* y la *buena fe-lealtad* supone crear pautas que faciliten al juez interpretar la conducta en el proceso; al mismo tiempo que entrega a las partes un conjunto de reglas que se sostienen en el principio de buena fe procesal.

En el proceso, la buena fe surge bajo los dos aspectos. Estará en la interpretación de la creencia de obrar honestamente, como en la conducta que se desenvuelve en los límites del principio de lealtad y rectitud hacia la contraparte.

Pero en todos los casos, no será la buena fe tomada desde sus bases genéricas la que dará orientación a los temperamentos a adoptar en el proceso de familia, porque éste tiene un principio propio que es el de *moralidad* y consecuencias concretas cuando alguien (letrados y partes) se apartan de las reglas de conducta establecidas.

---

[211] Silveira, Alipio *La buena fe en el proceso civil,* en Revista de Derecho Procesal, año V nº II, editorial Ediar, Buenos Aires, 1947, p. 98.

[212] Couture, Eduardo J., *Estudios de derecho procesal civil,* tomo III, editorial Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 166.

3. La buena fe y la honestidad de la conducta

3.1 La buena fe se traduce en la convicción de actuar conforme a derecho; en esa noción se unifican el aspecto psicológico o creencia en el propio derecho, y el ético, o voluntad de obrar honestamente.

En el marco de las actuaciones procesales, supone la convicción o ignorancia de no dañar un interés ajeno tutelado por el derecho, pero no es un principio dogmático ni producto de una creencia intuitiva, pues la creencia generadora del convencimiento del sujeto debe estar fundada en elementos exteriores que le proporcionen la información suficiente para lograr tal convencimiento.

Por eso, para reconocer valor a la *buena fe - creencia* como fuente de derechos es necesario que exista un fundamento real y serio para la formación de tal credulidad, debiéndose constatar el valor de los factores externos que provocaron la apariencia del derecho.

3.2 En efecto, quien a sabiendas actúa en el litigio convencido de tener razón, no lo puede hacer por simple obsecuencia u obstinación; esa apariencia de actuar debe originarse con motivos y razones y de un modo que le sea imputable. Pero no podrá alegarse cuando el desconocimiento del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable, y la actuación procesal se ejercita con abuso, propio del desatino o ligereza .

Ahora bien, quien cree y actúa convencido de su derecho, se ampara en el ejercicio del derecho de defensa y en la honestidad de su comportamiento. Para ello se funda en situaciones objetivas antes que subjetivas. Es decir, quien cree actuar a sabiendas de su buena fe, debe tener fuentes suficientes de convicción para persuadir al tribunal que no lo está engañando.

En sus orígenes, la buena fe debía asegurarse con el "juramento de calumnia" que significaba prometer lealtad y actuación honesta, sin ánimo de injuriar ni provocar daño al contrario.

> Explica Condorelli que […] por esta senda se pretendía evitar la temeridad, que suponía obrar con inconsideración y aturdimiento, después concebido como malicia. Al poco tiempo fue interpretada como calumnia o temeridad la forma más frecuente de su apariencia: la alegación de hechos falsos y la reclamación de créditos infundados, en el

más amplio sentido de los dos conceptos. Como falsedades se consideraban, verbigracia, la relación incompleta de los hechos, es decir, la supresión de circunstancias relevantes, el recurso a documentos falsos; la pretensión de derechos no existentes; la formulación de demandas injustificadas; el exceso sobre el crédito fundado ("plus petitio")[213].

2.3 En síntesis, la actuación acorde con el principio de *buena fe - creencia* significa apuntalar la honestidad del comportamiento con hechos objetivos que demuestren sin fisuras que existe una razonable pauta de convicción que permite sostener con fundamentos las pretensiones expuestas.

No hablamos de *conducta leal*, sino de una actitud de confianza hacia el derecho que invoca. Tampoco es una conducta que asiente en la *probidad*, porque esta difiere del criterio que se aplica a la creencia subjetiva de actuar con razón y fundamento. Lealtad y probidad, en todo caso, son figuras de la buena fe analizada objetivamente en los actos que se desarrollan en el proceso.

2.4 La violación del principio de buena fe no tiene para el derecho procesal familiar la misma trascendencia que adquiere en el derecho privado. La diferencia radica en los efectos que siguen al desvío y en la respuesta que tiene el ordenamiento jurídico para la represión de ese acto contrario a la moral.

Para el derecho de fondo, el principio de buena fe encuentra diversas aplicaciones, presentándose al intérprete como una norma necesitada de concreción que oscila entre la equidad y el derecho.

En cambio, en lo familiar, la *bona fides* tiende a la aplicación de una regla de conducta honesta en el curso de la litis, e incluso las variadas manifestaciones que encuentra, como el dolo, el fraude o la simulación, no coinciden exactamente con los conceptos que para estas figuras tiene el derecho civil.

Por otra parte, el proceso es una relación publicística de tres personas: las partes y el juez, hecho que denota otro matiz distintivo. La consecuencia normal y habitual de toda irregularidad jurídica es la nulidad y la sanción por responsabilidad emergente.

---

[213] Condorelli, Epifanio José Luis, *Del abuso y la mala fe dentro del proceso*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, p. 12 y ss.

2.5 La mala fe también es una noción compleja. Para advertirla en el litigio, es menester atender su componente subjetivo, consistente en la intención o conciencia de perjudicar o engañar, y su elemento objetivo, es decir, la imprescindible manifestación externa de esa conciencia dolosa.

Ambas relaciones coinciden con el concepto ético social que comprende la buena fe. El elemento ético sería la mala intención o conciencia de la propia sinrazón; y el valor social, la actuación de la parte demostrada en sus propios actos.

Por eso, la intención no es causa bastante para sancionar, aunque debe recordarse que "*la conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones*" (art, 163 inciso 5º párrafo agregado por la Ley 22.434, al Código adjetivo de la Nación Argentina).

Ahora, si la buena fe es la justa opinión de que lo que se ha hecho o se tenía el derecho de hacer; la presunción de buena fe, no es más que un principio general, del cual cabe apartarse, no sólo cuando se proporciona la prueba de la mala fe -que puede ser a través de presunciones graves, precisas y concordantes- sino también cuando las circunstancias del caso demuestren que la *bona fides* no puede haber existido.

4. La conducta temeraria

4.1 La mala fe objetivamente comprobada tiene sanciones por temeridad y malicia. Mientras las primeras son consecuencias que recibe quien desvía el principio de la *buena fe - creencia* (creencia subjetiva de actuar con derecho), las otras son producto de acciones desleales o deshonestas, que representan obstruccionismo en la marcha regular del proceso, o dilación provocada con actuaciones inoficiosas.

La demanda es temeraria si, además de carecer de todo sustento fáctico o jurídico, es arbitraria por basarse en hechos inventados o jurídicamente absurdos, de manera que es evidente el conocimiento de la sinrazón. En cambio, por malicia se entiende la utilización arbitraria de los actos en su conjunto (inconducta procesal genérica) o aisladamente, si el cuerpo legal los conmina con una sanción especial (inconducta procesal especifica). Así, es maliciosa el empleo de las facultades otorgadas por la ley en

contraposición con los fines del proceso, en violación de los deberes de lealtad, probidad y buena fe, con el objeto de dilatar indebidamente el cumplimiento de las obligaciones reconocidas por la sentencia.

Otra probabilidad señala que la temeridad se revela con la conducta de la parte que deduce pretensiones o defensas cuya injusticia o falta de fundamento no puede ignorar de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad.

Temeraria es la conducta de quien sabe o debe saber que no tiene motivos para litigar y, no obstante, lo hace. La malicia, en cambio, se configura por el empleo arbitrario del proceso o de actos procesales, utilizando las facultades que la ley otorga a las partes en contraposición a los fines de la jurisdicción, obstruyendo o desplazando el curso del proceso.

4.2 La buena fe que inspira el cumplimiento y desarrollo de actos procesales se observa en el plano de los hechos. De allí surgen dos cuestiones a analizar: una es el significado de *lealtad* y el otro, qué se quiere decir cuando se pondera la *probidad* en la conducta de los litigantes.

En ambos casos la constatación es siempre objetiva, porque para afirmar que alguien se aparta de los deberes de lealtad y probidad es necesario encontrar concretamente el acto o la omisión que lo manifiesta. Ocurre que la conducta leal y honesta cumplida en el curso de las actuaciones procesales supone la transferencia de "evidencias" de conductas o actitudes, que como tales, se valoran en conjunto para resolver la calidad del comportamiento.

> Obviamente, dice Silveira, dicha actitud contiene un elemento objetivo que sirve de base a la conciencia individual, pero que es variable con las exigencias sociales y mutable de acuerdo a la relación jurídica que se entabla. Si recordamos -agrega- que la buena fe en el derecho es una integración compleja de elementos ético-sociales, advertiremos que, en el proceso, el primer elemento atañe a la buena intención que acompaña la conducta leal, honesta; en tanto el segundo, se compone de elementos accesorios que dependen de política y técnica jurídica[214].

[214] Silveira, ob. cit., p. 89.

4.3 Para comprender suficientemente como actúa la *buena fe - lealtad* es necesario apuntar la diferencia que existe cuando se interpreta la *buena fe - creencia*. Mientras en ésta la consideración es subjetiva y expande sus resultados al campo de lo material y procesal; en el análisis objetivo el punto de partida es distinto porque la buena fe, como principio, queda desplazado por otra regla procesal que es el principio de moralidad.

Basados en este encuadre, el desempeño objetivo de los actos de partes y terceros, y aun del mismo órgano jurisdiccional, se confronta con los principios y presupuestos del proceso, y en particular de requerimientos específicos como son: la legalidad formal de las actuaciones; la voluntad que se declara; el deber implícito, o no, de decir verdad; entre otros que cada código procesal dispone en particular.

Asimismo, existe dentro del principio de moralidad un aspecto distinto al de la buena fe que asienta en los efectos que tienen las acciones irregulares. Mientras en el proceso civil la regla es la validez a pesar de la irregularidad, no sucede igual con los actos jurídicos. En tal sentido se afirma la distinción que advierte que los vicios de los actos jurídicos no se transportan con plena libertad al proceso civil, de modo tal que la existencia de error, dolo, fraude, deshonestidad; abuso de derecho; retaceos desleales, etc., no tienen cabida en el régimen de las nulidades procesales.

4.4 En definitiva, el principio de moralidad que se aplica estrictamente a lo procesal de familia, difiere de la buena fe como principio que regla las conductas en los actos jurídicos o en la contratación. Lo principal acontece en el plano de los hechos y su adecuación en cada uno de los actos del proceso.

Le corresponderá al juez la calificación de las conductas, para lo cual debe apelar a su sensibilidad social y a su obligación de atribuir a las acciones de los justiciables el verdadero sentido que los anima dentro del concepto de solidaridad que debe presidir la conducta humana.

El magistrado asume función de intérprete y debe preocuparse de ver cómo entiende el común de la gente una determinada conducta, ya consista ésta en pronunciar palabras, ya en ejecutar ciertos actos, ya en guardar silencio. Su misión es observar el sentido que se atribuye al negocio de que se trate, y la intelección permitirá arribar a una justa composición.

5. La conducta leal

5.1 La lealtad es un concepto abierto en el aspecto procesal, porque muchas veces depende de variables éticas. El *honeste procedere* es así una regla moral que se considerará violada cuando las exigencias de decencia y probidad no se encuentren presentes en el proceso.

La conducta se analiza con un término específico cuando se trata de controversias ante la justicia: se denomina comportamiento procesal la representación objetiva de los actos y el análisis que el juez celebra sobre ese desempeño para medir su adaptación a las reglas del principio de moralidad.

El principio general de la buena fe, cuando se aplica al litigio, tiene un matiz que lo diferencia, sobre todo, en el aspecto vinculado a la confianza. Quizás, precisamente, porque el proceso surge como una etapa patológica de la relación humana, y su término de enlace, puntualmente es el contrario: la desconfianza.

Dicho en otros términos, el principio general de la buena fe juega, en el orden de las relaciones humanas, como el elemento esperado en otra persona, es decir, su conducta leal, honesta y estimada.

5.2 De modo entonces que la relación entre derecho y moral supone un entrelazamiento entre el derecho "correcto" y la moral "apropiada". La lealtad y la probidad son fomentadas por el poder estatal a punto tal que obtienen una suerte de institucionalización y se convierten en un deber externo, indiferente al sentir interno del individuo que puede o no conformarse al principio.

Si la parte incurre en comportamientos desleales, el fundamento moral corre el riesgo de perderse, si no cuenta con elementos coactivos que lo impongan.

En este juego dialéctico entre lo bueno y lo malo, lo correcto y lo incorrecto, lo moralmente exigible y lo socialmente repudiable existe una franja muy extensa de situaciones híbridas que sólo el tribunal puede ponderar y calificar según su ciencia y conciencia.

Quizás sea este aspecto el de mayor trascendencia, pues en esta medida, en términos de filosofía jurídica, el ordenamiento procesal apoya a través de la coacción la libre motivación moral del individuo. Ciertas normas morales (como la lealtad y probidad

procesal) son consideradas como tan importantes para la sociedad, que la motivación interna no parece ser suficiente.

Desde este punto de vista (naturaleza y fin del principio), la lealtad puede asumirse como una regla de costumbre que no tiene sanción jurídica fuera del proceso, pero sí una grave reprimenda ética, relevante, de desestima y reprobación de la mayoría de los miembros de la colectividad, respeto de quienes no observan tales reglas.

5.3 Las manifestaciones de deslealtad son muchas y operan desde el fraude hasta el simple equívoco (error inintencional). Por lo general, la deslealtad se apareja con la mentira procesal, aunque se pueda mentir para un fin bueno sin llamar desleal sino a quien miente en perjuicio ajeno. Como en el deber de probidad, la violación a la lealtad puede originar consecuencias penales (fraude procesal, desobediencia procesal fraudulenta, estafa procesal, etc.).

El problema de la lealtad está íntegramente vinculado también al de la responsabilidad procesal, y la violación al deber en cita, importa una consecuencia agravada.

> Couture ha distinguido cuatro grados de responsabilidad:
>
> 1) Responsabilidad procesal propiamente dicha, que es la condena al pago de los gastos del juicio;
>
> 2) Responsabilidad civil del litigante malicioso cuyo acto ilícito se proyecta más allá del proceso mismo;
>
> 3) Responsabilidad por el litigio fraudulento, que alcanza al orden penal;
>
> 4) Responsabilidad administrativa de los profesionales que actúan en el litigio[215] (12).

En suma, la conducta procesal desenvuelta en la medida del principio de moralidad, consiste en encontrar el justo medio entre la habilidad y la astucia como compone el marco de exposición y/o defensa un abogado, y la argucia intencionada a buscar fines diferentes a la colaboración que deben tener las partes en un proceso.

---

[215] Couture, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil,* tomo III, editorial Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 356.

Como no se trata de quebrar el criterio de bilateralidad y contradicción permanente, los poderes del juez reclaman del mismo una ponderación con equilibrio y equidad, procurando no afectar el derecho de defensa en juicio.

6. La probidad en la conducta

6.1 La probidad, en sentido general, atañe a la honorabilidad y, dentro de ésta, a la honestidad. Según Lega, importa una doble consideración respecto de su participación en el proceso: la probidad en las actuaciones procesales, como obligación ética de comportamiento ritual, y la probidad profesional que, por su amplitud, puede extenderse a la conducta privada del abogado[216].

Esta claro que la conducta ímproba no puede ni permite al juez sancionarlo como falta ética, porque esa es una tarea de la corporación y sus tribunales propios. La actuación del tribunal opera en el campo de los poderes disciplinarios.

Por ejemplo, cuando so color de la defensa de los derechos se perturba el normal desenvolvimiento de las actuaciones mediante presentaciones inconducentes y manifiestamente improcedentes, éstas sin lugar a dudas encuadran en las previsiones que destacan un comportamiento ausente de probidad, porque tiene una intención dañina; o sea, que cuando se advierte que se litiga sin razón valedera alguna y con un evidente propósito obstruccionista, corresponde aplicar la sanción y actuar en defensa del principio de moralidad.

6.2 Ya se dijo que, la buena fe - lealtad es un tema objetivo que se analiza sobre los hechos y las omisiones que las partes realizan en el proceso. Sin embargo, no es fácil colegir cuándo y en qué oportunidades se puede aplicar la regla; en primer lugar porque en el ejercicio del derecho de defensa cada parte ensaya su propia estrategia, y como para ello no existe la imposición concreta de ayudar al juez a encontrar la verdad, sino antes bien, más allá de toda injerencia de un proceder culposo o doloso- cuando se desvía del fin que le asigna el ordenamiento, siempre y cuando dicha desviación haya causado un "daño procesal" de persuadirlo sobre la razón de las respectivas afirmaciones, es obvio que la colaboración tiene un tinte más formal que estandarizar una conducta modelo.

---

[216] Lega, Carlos, *Deontología de la profesión de abogado*, editorial Cívitas, Madrid, 1976, p. 8.

Ahora bien, en este juego dialéctico que supone el litigio, hay preceptos que se vinculan con formalidades y solemnidades que impiden auspiciar o tolerar actuaciones que no se adapten a ellas.

Aparece entonces el *principio de legalidad* de las formas que exige en los contradictores modelos de expresión (que por la tradición e insistencia han llevado a encriptar el lenguaje jurídico y a alejarlo cada vez más de aquello que la gente común -no abogados- puede interpretar y entender). Quien se aparta no recibe sanciones graves, pero sufre amonestaciones, apercibimientos, y padece los efectos de esa inconducta específica como puede ser la devolución del escrito ausente de formas rituales, o el desglose provocado por la orden judicial.

Este principio de legalidad transita también por otro camino que es la forma de expresión. Habitualmente no se puede transferir al proceso la voluntad real y decirla tal como se quisiera (para evitar improperios, denuestos o insultos); en realidad, afirmaba Guasp, la verdadera voluntad dicha en el proceso es la que se declara, como se debe[217].

El profesional tiene el deber de cuidar su técnica y de observarla con inteligencia y constancia. No se limita, por tanto, a considerar el concepto de ciencia como punto de referencia de un deber moral específico, sino que, junto a tal poder, existe la obligación jurídica de comportarse según la técnica más apropiada. La corrección profesional impone también otros deberes tales como el tacto, la escrupulosidad, el orden, la cautela, la prevención, la seriedad, y preparación en el estudio y despacho de los asuntos que se le asignan.

6.3 En cuanto al nexo con los principios de lealtad y probidad, va de suyo que aparejan una doble intención: respetuosidad hacia la parte y hacia el órgano jurisdiccional.

El sentido de este comportamiento, pretende la adecuación a las reglas del orden, decoro, corrección y buena educación. Entendiendo por orden a la tranquilidad, armonía y equilibrio que debe existir en el proceso para su normal desarrollo y por decoro, al

---

[217] Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, tomo I actualizado por Pedro Aragoneses, editorial Cívitas, Madrid, 1998, p. 344.

respeto en sentido estricto que se debe tanto al tribunal como a todos los intervinientes en el proceso.

La incorrección exhibida que figure como irrespetuosa en el sentir del juzgador, tiene que ser deducida o advertida por él mismo; su experiencia en el manejo de la cuestión procedimental forma bases suficientes para poder razonar la falta al decoro.

En este sentido, la calidad del acto cumplido sólo puede controlarse y sancionarse dentro y en ocasión del proceso, pues la potestad disciplinaria del Juez no puede enervar la natural jurisdicción que ejercen las entidades profesionales.

En síntesis, los términos empleados en los escritos judiciales que, aun sin llegar a ser injuriosos, indecorosos u ofensivos, menoscaban el nivel de la controversia jurídica, además de ser francamente innecesarios desde que nada agregan a la eficacia como se puede sostener una postura frente a la cuestión surgida, autorizan al Tribunal a aplicar las medidas que les compete en ejercicio de la policía procesal que cumplen.

7. La doctrina de los propios actos

7.1 La confianza es la base de la negociación y el fundamento de las contrataciones; por eso cuando la conducta se desvirtúa con actos incompatibles con esas actitudes precedentes, se afirma que nadie puede ir en contra de sus propios actos porque con ello se permitiría vulnerar la buena fe negocial.

En los hechos, la *buena fe - lealtad* tiene aplicación concreta en la doctrina de los propios actos, porque a pesar de la necesaria contradicción en los actos del proceso, no se descarta que la probidad y la buena fe sean bases instaladas en el principio de moralidad.

Si bien el propósito o finalidad de la regla es el de mantener la relación jurídica en los términos en que haya sido creada, sin permitir su voluntaria contravención, el principio que es una variable de la "propia torpeza", pretende no quebrar, ni ponerse en desacuerdo con otros principios generales del derecho como sería, en el caso, la igualdad ante la ley.

La doctrina de los propios actos constituye un principio general del derecho que se puede explanar sin problemas en los procesos de familia. Como tal, los jueces deberán aplicarlo en cada oportunidad que consideren reunidos sus elementos estructurales,

partiendo de que es inadmisible que un litigante pretenda fundamentar su acción, aportando hechos y convicciones de derecho que contradigan sus acciones precedentes; es decir, que asuma una actitud que lo venga a colocar en oposición con su anterior conducta.

De esta pauta surge que un litigante va contra sus propios actos cuando intenta formular una pretensión, dentro de una determinada situación litigiosa, que no es compatible con su obrar primero.

7.2 La doctrina de los actos coherentes se ampara en la buena fe, en cuanto el ordenamiento jurídico impone a los sujetos el deber de proceder, tanto en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas como en la celebración y ejecución de los negocios jurídicos, con rectitud y honradez.

Esta política, extendida al proceso, significa que la pretensión marca el hilo conductor de un juicio, condicionando a las partes y al juez, en razón del principio de congruencia, a ajustar sus intervenciones a los hechos y al derecho suscitado en la instancia.

Por ejemplo, el apartamiento de esta regla procesal determina que sea absolutamente antitético afirmar al mismo tiempo que un acto es falso (querella de falsedad) y que es real pero inválido (inconciencia del testador, captación de la voluntad, irregularidades formales), teniendo presente que la demanda se ha promovido por el primer motivo, y sólo en la alzada se ha introducido la segunda alegación.

La incoherencia es un aspecto de la conducta que puede trasuntarse en el proceso, en distintas etapas o condiciones. Puede ocurrir que un individuo modifique su pretensión procesal a través de actos indiciarios que llevaran a tener por cierto que quiere una conclusión distinta a la liminarmente pedida.

O bien, que asuma un comportamiento en el proceso muy diferente al estimado en sus etapas anteriores, sea a través de expresiones documentadas (v.gr.: expediente administrativo), o de actitudes personales que reflejen una intención inequívoca.

Otras veces, hay manifestaciones expresadas en el uso de técnicas modernas de comunicación, que después se quieren suprimir o negar, con el argumento de no ser fuentes de prueba o por descalificar la verdadera intención que se tuvo al así expresarse.

7.3 Pensadas estas posibilidades pueden plantearse distintos interrogantes, o responderse con figuras ya establecidas.

a) Será litigante temerario quien varía una calidad de conducta asumida previamente. O es, acaso, un justiciable que ha sufrido el abuso de una parte más fuerte.

b) De ser así, ¿es un problema procesal?, o ¿debe resolverse con las normas de fondo?

c) ¿Cómo se interpreta en el proceso de familia, el principio del *venire contra factum proprium*?

Seguramente encontraríamos muchas más variantes o alternativas, pero a los fines de recortar el perfil procedimental que asume el principio, observemos los enunciados.

Hemos insistido en que el "comportamiento sistemático" debe estudiarse objetivamente, excluyendo la intención que pueda tener quien lo realiza, de manera que esta singularidad excluye la posibilidad de tener al autor por temerario o malicioso.

Si éste se ve forzado a asumir un comportamiento incoherente con el que ha convenido, habrá que resolver si la conducta constituye una infracción al deber de buena fe o si, por el contrario, este repliegue merece la tutela judicial por encontrarse amparada en una situación injusta, que ha puesto al inconsecuente en una posición de desventaja al momento de contratar.

Surge, así, que no siempre el obrar contradictorio es fuente de repulsa jurisdiccional o de causa para interponer al principio como fundamento de la improcedencia de una pretensión.

8. El deber de decir verdad

8.1 Una proyección interesante del principio de *buena fe - lealtad,* que podemos presentar, también, como deber de actuar en el proceso con probidad y honestidad, radica en el problema de aplicar la regla a las afirmaciones expuestas en los escritos postulatorios del proceso; porque la verdad absoluta es una finalidad no consagrada, al quedar desplazada de algún modo, con el principio de actuar con lealtad y probidad en el marco de la buena fe entre las partes.

En sus orígenes, cuando el proceso tuvo determinaciones vinculadas con lo sagrado y sacramental, la mentira fue castigada; pero el tiempo y la evolución de las ideas obligó a los ordenamientos que reglaron el principio de certeza (como veracidad) bajo un aspecto punitivo, a tener que modificar las obligaciones de las partes.

El cambio más notable sucede cuando el sentido político del proceso se desplaza de manos privadas (principio dispositivo contemplado y aplicado a ultranza) al poder público, de manera que el centro de gravitación de las partes hacia el juez, modificó seriamente la función evitando que tuviera una actividad esencialmente represiva.

8.2 La transformación del juez en director del proceso, instructor y efectivo enlace de justicia con la realidad, llevó a castigar las actuaciones contrarias con el principio de *buena fe - lealtad* con sanciones específicas. En síntesis, el cambio señaló claramente que el problema no asentaba en el deber de decir verdad sino en la mentira a sabiendas y en el comportamiento malicioso.

> Al respecto decía Carnelutti […]: "La moderna concepción del proceso civil elimina todo obstáculo contra el reconocimiento de la obligación: puesto que el proceso se sigue en interés público y por esto tiende a un resultado de justicia; por lo que la parte sirve al proceso y no el proceso a la parte, no existe la más remota razón para sustraer la acción de la parte a aquellos preceptos que el interés público reclama; el llamado principio dispositivo es una directriz de conveniencia y nada más, de manera que, según la conveniencia, puede ser limitado; la parte no se contrapone en absoluto al testigo en el sentido de no ser también ella un instrumento del proceso, por lo que en principio no hay razón alguna para que se pueda imponer al testigo, y no a la parte, la obligación de decir verdad. En cambio, desde el punto de vista de la conveniencia, la cuestión es muy delicada; en efecto, si es verdad que también la parte, lo mismo que el testigo, es un instrumento del proceso, es, sin embargo, un instrumento que opera de un modo enteramente diverso; las ventajas que el proceso obtiene de ellas dependen, sobre todo, de su iniciativa y, por lo tanto, de su libertad; cualquier límite señalado a ésta compromete su rendimiento; además, la acción de la parte se desarrolla por medio de la contradicción, que es una forma de lucha, no se puede, sino de un modo relativo, desterrar la fuerza y la astucia; en suma, cuanto más se atan las manos a las partes, tanto más, junto con el peligro del engaño o de la mentira, se desvanece también el beneficio de su acción. Esto quiere decir que la solución del problema debe ser una solución de proporción […]. El derecho positivo italiano adopta una solución de este tipo siguiendo una directriz general que se manifiesta aun fuera de los límites del proceso; tal directriz se funda en la distinción entre engaño y mentira, a la que se adapta ya el derecho contractual. El engaño es mentira

> agravada por la realización de actos encaminados a determinar su credibilidad y, por lo tanto, a crear las pruebas idóneas para hacer admitir su verdad; lo que los romanos, a propósito del dolo, llamaban la "*machinatio*" y, los franceses, a propósito de la estafa, la "*mise en scène*" [218]

Ideas que reitera en su famoso estudio *"Contra el proceso fraudulento*", donde destacó que "bajo este aspecto, para el buen fin del proceso es necesaria la igualdad de las partes, incluso desde el punto de vista de la fuerza o de la bellaquería; de ahí que a veces a un litigante galeote, en interés mismo de la justicia, mejor que un clérigo, se le contrapone un marinero"[219]

8.3 Ha sido evidente que el principio de publicización del proceso consiguió poner frenos a ciertos arrebatos que conspiraban contra el orden ético del proceso. De todas maneras, es riesgoso confundir la ética del comportamiento con el principio de moralidad, pues ambos coinciden en un imperativo de conducta (leal, recta y honesta), pero la primera escapa a la vigilia judicial en tanto se ampara en una exigencia del fuero íntimo: la moral y el derecho se debaten en componentes de volición que sólo se controlan cuando se encuentra el acto externo de provocación a la buena fe.

De modo tal que, cuando la exteriorización de la conducta se advierte en el proceso, el control jurisdiccional pone en acción el principio de moralidad y le exige a las partes comportarse con lealtad y probidad. En este sentido, la obligación no tiene necesariamente que aludir al deber de decir verdad, o que no han de mentir; ni han de generar sospechas, etc.; todo ello limita la libertad y, en cierta forma, condiciona la voluntad de obrar.

Asimismo, el principio de moralidad preside el conjunto de actos procesales, y es bien cierto que desde el engaño doloso hasta la simple mendacidad, o desde el artificio al ocultamiento de un hecho conocido, existen varios grados de mentira, y, en el análisis de ella, en la trascendencia que revista o en la magnitud y proporción de su desatino, el juez podrá sancionar el comportamiento, sin necesidad de contar con una regla precisa y específica que complique la interpretación de lo que es verdad o mentira.

---

[218] Carnelutti, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, traducción de Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, editorial Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944, ps. 239 y ss.

[219] Carnelutti, ob. cit. ut supra, p. 266.

8.4 En nuestro parecer, no existe un deber de veracidad en el derecho, cuanto más se puede exigir certeza. Mientras que para la presentación de los hechos priva el criterio de la verdad.

Una compleja situación se ofrece con los abogados o representantes legales, a quienes se les impone hipotéticamente resolver si sus deberes de cooperación y honestidad hacia la jurisdicción han de ser cubiertos cuando ellos se oponen a los intereses de sus clientes. En general la situación se presentan como un postulado deontológico, proclamando el deber de veracidad de los abogados.

Creemos que el abogado debe servir en primer lugar a sus principios éticos y a los que conforman una serie de postulados elementales de la conducta profesional.

> Para Bellavista parece cierto confirmar que el abogado, si bien destinado a tutelar los intereses de su cliente, no debe ocultar al Juez lo necesario para una justa composición de la litis, aun cuando con este proceder no satisfaga los designios desleales de su patrocinado. Pero esta afirmación sería estimada para un abogado que asista a una parte civil, pues el defensor de un encartado en una causa penal juega con otros intereses, en donde la duda de la justicia se privilegia para obtener una decisión favorable (*in dubio pro reo*)[220].

Cuando el cliente lo someta a consideraciones que lo enfrenten con aquellos ideales, podrá limitar o abandonar el patrocinio sin que ello signifique alterara el legítimo ejercicio de una defensa, pues en la medida del interés general encontrará la razón de sus decisiones.

9. El abuso procesal

9.1 La teoría del abuso del derecho es de raigambre sustancial, de manera que nace y se desarrolla en el derecho privado. Fue Josserand quien elaboró una amplia cobertura para el principio según el cual "cada derecho tiene su razón de ser y no pueden los particulares cambiarla a su antojo en otra diferente"[221].

---

[220] Bellavista, B., *Lealtá e probitá del difensore e del accusatore privato nel processo penale*, en Estudios en homenaje a Antolisei, tomo I, editorial Giuffré, Milán, 1965, p. 67.

[221] Josserand, Louis, *El espíritu de los derechos y su relatividad*, traducción de Eligio Sánchez Larios, editorial José M. Cajica (h.), México, 1946.

La tesis propuesta se ha expandido a otras disciplinas llegando al proceso donde se afinca y apoya en el principio de moralidad. De este modo, la regla general que pretende evitar el ejercicio abusivo del derecho, se consagra en los procedimientos y busca particularidades que lo definan.

En el proceso de familia, la teoría del abuso del derecho encuentra distintas manifestaciones, algunas de ellas de fuerte contenido crítico (en la medida que, a veces, se contrapone con el ejercicio legítimo del derecho de defensa), y otras, donde resulta necesario establecer un perfil singular en miras, justamente, de articular un mecanismo que evite dispendios de tiempo o actitudes caprichosas y poco meditadas.

Por eso, también, la doctrina del abuso instala un problema de resolución sociológica, en orden a pretender establecer una función social del proceso, donde las técnicas sean apropiadas con los fines; sin tolerar acciones conscientes y voluntarias que persigan la dilación procesal o el agotamiento de todos los recursos disponibles cuando, a sabiendas, estos son inútiles.

9.2 La cuestión no es de fácil encuadre porque en el derecho privado para que exista abuso de derecho es preciso encontrar la intención maliciosa, y a veces, la producción del daño; en cambio, en el derecho procesal, hay principios propios, vertebrados en el deber de lealtad y probidad, o en el principio de moralidad; y algunos más propician su instalación como un nuevo principio aplicable al proceso, con características propias e independientes del principio de buena fe procesal.

Hemos dicho que este es un principio procesal que tiene implicancias diferentes a la responsabilidad civil. Por tanto el abuso de las vías procesales debe encontrar un fundamento especial y diferente de la responsabilidad civil, entendiendo que la primera es una responsabilidad subjetiva cuyo fundamento lo encuentra en la violación del principio que impone la obligación de actuar con lealtad y probidad en el proceso, y que antes se encontraba como principio general implícitamente establecido en el código civil.

La responsabilidad de los daños procesales, a diferencia de la que impone el pago de las costas y que es una consecuencia objetiva de la pérdida del pleito, tiene que tener un fundamento subjetivo y basarse en la violación de una obligación o de un precepto,

pues no podrá sostenerse que la simple acción en justicia que constituye un derecho subjetivo, puede acarrear una responsabilidad[222].

9.3 En nuestra opinión, la teoría elaborada en torno al abuso del derecho se ha imbricado dentro de la teoría general, de modo que su influencia se extiende a todas las ramas de un ordenamiento jurídico, sea derecho civil, comercial, administrativo, procesal, etc.

El hecho de trastrocar la buena fe, entendida como regla moral del proceso, no le otorga singularidad pues sus principios son generales y lo que interesa advertir son sus consecuencias. Por ello el problema no apunta al proceso en sí mismo sino al curso de actos procesales regulares, válidos y eficaces que conformen el debido proceso y cuya virtualidad se pretende alterar con el uso abusivo que de ellos se hace. Abuso que consiste en utilizar una facultad procesal con un destino distinto al previsto constitucionalmente.

De manera, entonces, que si puede interpretarse autónomamente el principio general del abuso del derecho, su aplicación en el proceso no variará como principio, pero derivará el foco de atención hacia los efectos que produce.

El abuso de por sí, significa elevarse a un propósito desmedido, exceso éste que puede ser culpable o doloso o simplemente actuado con imprudencia, de manera que la actitud subjetiva del autor ha de constituir una de las notas singulares para definir el instituto, adunada con la elección del medio para llevarlo a cabo.

No se trata de relevar si el desatino se castiga de acuerdo con el exceso, es decir, si fue imprudencia la pena será leve; si hay culpa aumentará y si fuera el caso de dolo habrá responsabilidad plena y una dimensión mayor en la sanción.

En realidad, el abuso es de consideración subjetiva, sin que interese la intención de perjudicar o de provocar un acto ilícito. Solamente hay que observar el acto dispuesto y la conducta manifestada.

> Sostiene Gelsi Bidart que no es sólo el fin perseguido lo que importa, aunque esto siga teniendo importancia fundamental y aunque, generalmente, en el abuso, suele haber otra finalidad, también procurada incluso aparentemente como principal y, por tanto, desplazado en cierto modo el fin fundamental establecido por la ley. En rigor no puede

[222] Gozaíni, Osvaldo A., *La conducta en el proceso*, editorial Platense, La Plata, 1988, p. 197.

> prescindirse del fin cuando se habla del medio: aquél funciona como causa final de éste; no se realiza el medio sino en vista de la finalidad que con él se persigue (y, a veces, se consigue: resultado)[223].

9.4 En síntesis: si observamos atentamente la dirección del principio aplicado en el proceso familiar, advertiremos que el abuso presenta dos facetas:

a) La actuación negligente, culpable o dolosa que lleva una intención subjetiva (*animus nocendi*). Esta es una manifestación del *abuso en el proceso*;

b) La elección del proceso como medio de actuar dicha actitud, de manera que se pretende desviar el fin normal de la jurisdicción. Constituyendo así una forma de *abuso con el proceso*.

En el primer aspecto, la atribución de responsabilidad es *subjetiva*; en el siguiente, en cambio, es *objetiva.*

Una vez que se reconocen los perfiles que distinguen al instituto del abuso del derecho aplicado en el derecho procesal, es preciso advertir el contexto donde habrán de aplicarse esos fundamentos.

En efecto, si el punto de arranque se instala en la conducta inapropiada de la parte que, a sabiendas del derecho que acredita lo utiliza con un fin diferente al previsto por la norma, la cuestión se debate en un problema de casuística, donde la clasificación deviene necesaria para reconocer algunos de estos problemas de supuesta inmoralidad.

En cambio, si la mala utilización de las técnicas jurídicas o de los procedimientos se verbaliza con el *abuso del proceso* o *en el proceso*, la cuestión debe considerar la idoneidad profesional.

---

[223] Gelsi Bidart, Adolfo, *Abuso del proceso,* ponencia presentada en el XI Congreso Nacional de Derecho Procesal, La Plata, 1981, s/p indicada.

CAPÍTULO XIII
LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ

1. La prueba decretada de oficio

1.1 La mayor polémica que tiene el principio de oficiosidad radica en la iniciativa probatoria de pruebas que el juez dispone sin que las partes lo pidan. En la discusión obran argumentos del garantismo (proceso como cosa privada de las partes) y del activismo (el juez debe esclarecer a verdad de los hechos), dando cuenta del dualismo que enfrenta la conducción y dirección del proceso.

El principio de legalidad propiamente dicho, se inscribe en la tesis que prohíbe al juez alterar los principios que corresponden a las garantías de bilateralidad y contradicción; mientras que el mismo principio analizado con perspectiva del proceso de familia, admite que sea factible encontrar flexibilidades o adecuaciones con las finalidades que la tutela judicial persigue.

Quizás por esta característica, la iniciativa probatoria suele interpretarse al conjuro de esa confrontación, como si de ello dependiera la pertenencia del proceso y su adscripción a una corriente determinada. La polarización entre el proceso como "cosa entre partes", a veces, consigue su identidad en la tipología de lo dispositivo; pero el proceso, como "cosa pública" no tiene réplica contra la disposición del objeto procesal.

1.2 No vamos a referirnos estrictamente al poder probatorio del juez, sino a señalar si la iniciativa puede alterar el principio de legalidad de las formas, teniendo en cuenta para ello, únicamente el efecto sobre lo puramente procedimental o formal.

La primera lectura puede ser gramatical. De este modo, se colige cuánto puede hacer el juez de acuerdo con las disposiciones procesales aplicables. Desde aquí se evidencia que en la etapa probatoria, dispuesta en un proceso por audiencias (oral) los poderes de dirección se acentúan, porque se adquieren varias potestades.

Entre ellas podrá:

a) Fijar o establecer los hechos que serán objeto de la prueba;

b) Señalar el deber de probar que tiene cada una de las partes, y otros intervinientes;

c) Establecer cuáles serán los medios de prueba adecuados para la finalidad que cada una persiga;

d) Proveer las demás pruebas admisibles;

e) Determinar el plazo de prueba

Con relación a los medios y fuentes de prueba, se establece el principio de legalidad (solo se producen los medios legislados), pero se amplía a otros que el juez disponga, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso.

1.3 Por su parte, cada uno de los medios de prueba tienen una solemnidad especial que domina el campo del ofrecimiento y que ritualiza, por demás, la producción o actuación de la misma. Cuando se trata de prueba de confesión, la tendencia actual es suprimirla como medio de prueba, sustituyendo la absolución por la declaración libre entre partes.

Una situación similar sucede con el pedido de explicaciones a los litigantes que se suscita tras la declaración testimonial; o la prueba de testigos que es una clara muestra del poder instructorio judicial, si se observa que el interrogatorio debe calificarse por el juez y que el desarrollo de la audiencia, tanto en su contenido como en sus alcances, está supeditado a la regularidad que el tribunal ordene[224].

---

[224] Aunque no es una extensión del principio de legalidad, el poder de investigación sobre la verdad se aumenta considerablemente cuando se estudia el derecho a la verdad. Así sucede con la potestad disponer de oficio la declaración en el carácter de testigos, de personas mencionadas por las partes en los escritos de constitución del proceso o cuando, según resultare de otras pruebas producidas, tuvieren conocimiento de hechos que puedan gravitar en la decisión de la causa. Asimismo, podrá ordenar que sean examinados nuevamente los ya interrogados, para aclarar sus declaraciones o proceder al careo. Aquí la distinción efectuada entre proceso público y proceso privado cobra una significativa trascendencia porque faculta la injerencia del órgano en la continuidad y celeridad del proceso cuando se ventila una cuestión que importa atraer el interés público. Por ejemplo, en los procesos penales y laborales, se privilegia la actividad oficiosa por la naturaleza de la cuestión, desplazando el impulso de los actos hacia el tribunal. En cambio, cuando no existen esas consideraciones sociales, el monopolio de la rapidez en la marcha del juicio reposa en la voluntad exclusiva que las partes dispongan. La iniciativa probatoria no desnaturaliza el principio dispositivo, sino que coexiste con él. En materia probatoria referimos al principio respecto al poder de disposición de los elementos de convicción, sin interesar la relación jurídica procesal. El producto que se obtiene de esta evolución, no es político sino de técnica procesal porque facilita alcanzar los resultados axiológicos del proceso sin someterse a los designios interesados de las partes.

2. La prueba en los procesos de familia

2.1 El punto de mayor interés para este capítulo asienta en saber si el poder del juez de familia alcanza para que la verdad de los hehos se revele con la iniciativa probatoria del tribunal.

Prácticamente todo el conjunto de normas y principios que se han desarrollado esquemáticamente, piensan y se aplican al procedimiento escriturario. De igual modo, se explanan pensando en el principio dispositivo según el cual *iudex debet iudicare secundum allegata et probata (*debe el juez fallar según lo alegado y probado por las partes).

Es un encuadre rígido que establece los hechos con un criterio de posesión, donde cada parte debe verificar, confirmar o demostrar (según los criterios de política procesal que se establezcan para la prueba) los hechos que manifiesta como suyos. Cada uno tiene su versión, su propia lectura y una singular interpretación sobre los efectos que piden y reclaman al juez como derivados de esa subsunción de hechos en el derecho.

> Apuntaba Alcalá Zamora en la obra de Goldschmidt que […] "la finalidad de la prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil española es lograr la convicción de las partes y no la del juez; se restringe en gran medida las facultades del juzgador sobre la misma, hasta el punto de que la misión que le asigna con frecuencia es la de decidir, cuando las partes no se pongan de acuerdo, acerca del recibimiento a prueba"[225].
>
> De igual alcance es la conclusión que propone Guasp, cuando sostiene que el fenómeno particular que entabla la relación entre los hechos y la prueba demuestra el entronque del sistema procesal con las prácticas medievales[226].

2.2 En efecto, la cuestión pareciera centrar en las potestades judiciales que se tienen para interpretar los hechos que las partes alegan sin poder ampliarse el cuadro de circunstancias a otros que, por aplicación de principios y presupuestos preadquiridos, quedarían fuera del ámbito litigioso.

---

[225] Cfr. Goldschmidt, ob. cit., p. 263.

[226] Guasp, Jaime, *juez y hechos en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1943; reproducido en *Estudios jurídicos,* edición al cuidado de Pedro Aragoneses, Cívitas, Madrid, 1996, ps. 279 y ss.

En resumen, el principio dispositivo afirmaría la soberanía de las partes sobre los hechos, y las potestades judiciales se implementarían, únicamente, para que el juez resuelva el derecho aplicable. Sin embargo, esta relación convierte al proceso es una lucha entre partes donde el deber jurisdiccional es aplicar la ley (*iuris – dictio*), estableciendo un vencedor y un derrotado. Prácticamente, volver a esta consigna que, en pocas líneas reproduce la máxima: dadme los hechos que aplicaré el derecho (*narra mihi factum, dabo tibi ius*), es un contrasentido con el avance hacia un proceso público, en el que las potestades judiciales no pueden quedar postergadas por las alegaciones interesadas de las partes[227].

Mucho menos si el análisis proviene de una sustancial modificación en el esquema procedimental para los juicios de familia, que ha desplazado el desarrollo tradicional de los hechos controvertidos, alegados y conducentes, para dar paso a los *hechos fijados en la audiencia preliminar* que inicia la etapa probatoria del proceso por audiencias.

2.3 No se trata, claro está, de sostener que el objeto probatorio no sean los hechos controvertidos; sino de afirmar que éstos hechos pueden seleccionarse por el juez para acotarlos a los que interesan para alcanzar la verdad y poder dictar una sentencia útil y efectiva. Por eso, el principio dispositivo que prescribe la inactividad del tribunal se aplica solamente al material de hecho y es, por tanto, de la mayor importancia rehusar incluir en este apartado figuras que lógicamente no encajan en él.

Han sido muchos los esfuerzos de la doctrina para ahuyentar tradicionales errores de interpretación que observan en la potestad jurisdiccional debidamente aplicada, un caso evidente de autoritarismo judicial. Pareciera, con ello, no comprenderse que hay

---

[227] "No cabe duda –dice Guasp- que en último término el complejo material de decisión reunido en un proceso es reductible, en cuanto a los elementos que lo componen, a uno de los grupos fundamentales apuntados: es decir, que en esencia está formado por hechos y normas de derecho objetivo. Pero sería erróneo creer que este esquema no contiene sino dos tipos invariables y de fácil identificación y aislamiento. Tal error (el de creer que no existen sino normas jurídicas *puras* y hechos *puros*) es, además, uno de los que han ejercido más nefasto influjo no sólo en la doctrina jurídica sino en la misma evolución jurisprudencial" […] "Ya parece excesivamente simplista reducir el mecanismo racional de los principales actos procesales a un silogismo integrado *tan sólo* por dos premisas y la comparación únicamente puede admitirse a condición de que se haga inmediatamente la salvedad de que cada una de estas premisas pueda estar a su vez integrada por otras figuras lógicas análogas. La <<cuestión de hecho>> comprende a su vez dos problemas: el de si la ley basándose en una categoría de hechos garantiza un determinado bien; y el de si un hecho determinado, considerado abstractamente, entra en la categoría prevista por la ley. La <<cuestión de hecho>> consiste en declarar si existen las circunstancias sobre cuya base el juez debe, conforme a la ley, considerar existentes ciertos hechos concretos..." (ob. cit., "*Estudios*...", p. 284).

cuestiones que no necesitan estar alegadas y controvertidas para poder apreciarse por máximas de experiencia, o por reglas derivadas de usos y costumbres, o ejecutables de acuerdo con tradiciones sociales.

El juez que busca la verdad no comete arbitrariedad alguna, porque en la persecución de la eficacia y, en definitiva, la seguridad jurídica, podrá distinguir entre "hechos" y "afirmaciones", para llegar a la conclusión de que solamente los primeros se prueban y los segundos se deducen o interpretan de acuerdo con las constancias de la causa y lo que el mismo magistrado debe procurarse[228] .

Tampoco se altera la regla de la carga probatoria, tan afincada en el principio de bilateralidad y contradicción, porque la prueba se adquiere en beneficio y detrimento de ambas partes, sin importar quien la aporta ni quien reporta su aplicación.

Este primer espacio de revisión concluye ratificando el poder jurisdiccional para obrar dentro del proceso, no solo ordenando el material probatorio y los medios que el juez resuelve producir, sino también, para decidir cuáles serán los hechos materia de prueba y los mecanismos por los cuales se celebrarán las correspondientes verificaciones. El límite: *no afectar el derecho de defensa de las partes.*

3. El derecho a la verdad

3.1 El conflicto entre la verdad y la prueba es un debate abierto desde los orígenes de la ciencia. El interrogante persigue esclarecer cuál es el objeto que tiene la producción probatoria: ¿buscar la verdad? ¿confirmar una versión? ¿determinar los hechos y aplicarle el derecho?, en fin, cada argumento tiene fundamentos muy sólidos.

---

[228] "Lo que hemos de hacer, por tanto, es centrar el estudio sobre cada uno de estos elementos y ver a cual de ellos cabe aplicar el nombre de <<hecho>>, tomando esta noción en su sentido general –no estrictamente jurídico- pero depurada de todas las imprecisiones que el mismo sentido general le atribuye. En tal sentido, resulta de sumo interés recoger la distinción de Danz entre hecho y afirmación jurídica. No hay que olvidar que Danz se propone en su estudio afirmar conclusiones relacionadas con nuestra tesis (Guasp) y emplea conceptos que nosotros también estamos en la precisión de utilizar". "Partiendo de esta idea, la definición que de hecho pudiera darse habría de aludir por modo forzoso al concepto de acatamiento, o de lo que no solamente es existente sino que existe en realidad", pero esto sería equivocado. "Si quisiéramos hallar la esencia íntima de la realidad en que el hecho consiste, tendríamos acaso que buscarla en la idea de que el hecho es un acaecimiento que tiene dimensiones concretas en el tiempo y en el espacio. La realidad espacio – temporal es una de las notas esenciales del concepto. Una ulterior afirmación de ésta para dejar depurada plenamente la noción, obligaría a tales disgresiones, propias más bien de la Filosofía o de la Teoría General del Derecho..." (Guasp, ob. cit., "*Estudios*...", p. 294).

En realidad, la necesidad de saber si la verdad es un fin para el proceso, resulta necesario e ineludible, porque la afirmación lleva a obligaciones consecuentes, tanto de las partes como del juez que interviene; mientras que relativizar dicha finalidad con explicaciones tangenciales, supone afincar el objeto en otra dimensión, más técnica o apegada a principios más formales, en los que la verdad se desplaza por la necesidad de resultados.

Nos referimos, en concreto, a la posición de quienes interpretan que el proceso está para resolver controversias y si ello se consigue, no importa como se logra ni con que medios se alcanzan. En cambio, si la verdad es el objetivo de la actividad jurisdiccional, habrá que encontrar los que están obligados a conseguirla.

Podrán ser únicamente las partes, quienes tienen el deber o la carga de afirmar (alegar) y probar los hechos expuestos; y en su caso, analizar si las circunstancias que se exponen están perentoriamente expuestas a ser reveladas con toda realidad, sea o no favorable, a quien las relata; o en su caso, verificar si se pueden denunciar únicamente los hechos que benefician una determinada posición jurídica.

3.2 Cuando se sostiene que los hechos deben ser expuestos con la verdad, no se quiere decir más de lo que ello significa. Ahora, si la versión que se entrega es completa o sucinta, dependerá de la estrategia forense; pero como sea, se tendrá que resolver si la técnica dispuesta concilia con los principios de lealtad y buena fe en el proceso, porque algunos doctrinarios son proclives a sostener que se viola el debido proceso cuando los hechos no son presentados en toda su dimensión y autenticidad.

En cambio, si al proceso se lo convierte en una lucha entre pretensiones opuestas, donde las versiones se imponen a las verdades, el problema que se plantea deriva en dar un valor a la sentencia que justifica hechos que pueden no ser reales. En su caso, es la cuestión que otros han considerado como la necesidad de disculpar un tipo de “verdad jurídica”, que se contrapone con la certeza propia del derecho.

Siendo así, o visto el planteo en la perspectiva de las necesidades que exige el proceso de familia, la crisis se produce porque de sostener la verdad jurídica, como distinta de la verdad real, significa tanto como reconocer que los jueces no pueden

alcanzar este último objetivo. Por eso, la sentencia que se obtiene tras un procedimiento entre versiones solo justifica la falibilidad del sistema por no ser auténtico[229].

3.3 Efectivamente, la prueba puede tener lecturas y enfoques diversos, pero cuando se relaciona con las reglas del debido proceso, el tiempo que nos interesa es el de la actividad, propiamente dicha. Desde ella tendremos que dar nuestra posición respecto a qué deberes y obligaciones existen para deducir la verdad o aplicar solamente el derecho; es obvio, además, que los instrumentos (medios de prueba) tienen que evaluarse para saber si todos se podrán utilizar para resolver los objetivos, o si alguno de ellos puede quedar limitado o directamente prohibido cuando se viola una garantía esencial (v.gr.: el problema de las pruebas ilícitas).

Pero también, el último eslabón de la cadena probatoria, que finaliza en la valoración o apreciación de los medios y del esfuerzo de demostración, no puede quedar solapado, toda vez que depende de la regla o principio que se aplique, para iluminar el campo de probabilidades que lleva a los resultados.

Esto es, que la verdad sea una realidad a probar; o que se use a la verdad como excusa o justificación de un convencimiento particular logrado tras la persuasión de las partes.

En síntesis, cuando se quieren explicar reglas probatorias para el proceso de familia habrá que estudiar:

a) ¿Qué tipo de verdad se quiere en el proceso?

b) ¿Tiene reglas para la fase probatoria el proceso?

c) ¿Qué actividad concreta la actividad? ¿es reconstructiva, confirmatoria de las versiones, fija los hechos alegados? ¿Qué obligaciones tienen las partes y el juez de la causa?

---

[229] Sostiene Ferrer Beltrán que, si bien es cierto que la noción de verdad jurídica (o judicial o formal) se introduce en la teoría procesal como una respuesta al problema de la falibilidad del juez en el conocimiento de los hechos ocurridos, también lo es que la asunción posterior de la verdad jurídica como única finalidad de la determinación judicial de los hechos y, por otro lado, la tesis de la constitutividad de la decisión del juez en la determinación de la verdad judicial, convierte a esa decisión es incontrolable racionalmente (Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 22).

d) La valoración de la prueba ¿tiene reglas y principios que se acomoden a las nuevas consignas del debido proceso?

3.4 La cuestión de la verdad en el proceso tiene larga tradición en las tribunas de la polémica que, orientada únicamente en los límites del proceso, procura resolver si es ésta una finalidad o apenas un medio que intercede en la justificación de las sentencias judiciales. Cuando se afirma lo primero, y se confronta el lugar y el material de trabajo, comienzan a mostrarse las dificultades para alcanzar el objetivo.

A veces, la diferencia entre los tipos de verdades, se refuerza mostrando las realidades del proceso penal, donde es evidente la necesidad de encontrar la verdad sobre la ocurrencia de los hechos, porque el juez debe estar íntimamente convencido para condenar al procesado; mientras que el proceso civil se conforma con una verdad más liviana, menos exigente, en la que basta persuadir sobre la fundamentación de los hechos y la certidumbre que de ellos surge. Antes que una cuestión de verdades se trata de solucionar con verosimilitudes[230]. En la primera, la verdad sería una realidad a probar; en la otra, la verdad actúa como simple convencimiento o persuasión. En uno, es un principio, en el otro, apenas un argumento.

La distinción no es útil en la doctrina actual, porque estas ambivalencias trabajan sobre la resignación y no sobre el "derecho a la verdad", que es la proyección más novedosa del derecho constitucional –o fundamental- a la prueba[231].

---

[230] Calamandrei fue un acérrimo sostenedor de esta idea según la cual se tiene por verdadero aquello que tiene apariencia de serlo, y que probablemente haya sucedido, mientras la actividad desenvuelta por las partes consiga demostrar tales hipótesis (Calamandrei, Piero, *Estudios sobre el proceso civil,* traducción de Santiago Sentís Melendo, Bibliográfica Argentina, 1945, ps. 107 y ss.).

[231] La distinción entre verdad formal y verdad material –agrega Taruffo- es inaceptable por varias razones que la doctrina menos superficial ha puesto en evidencia desde hace tiempo. En especial, parece insostenible la idea de una verdad judicial que sea completamente distinta y autónoma de la verdad *tout court* por el solo hecho de que es determinada en el proceso y por medio de las pruebas; la existencia de reglas jurídicas y de límites de distinta naturaleza sirve, como máximo, para excluir la posibilidad de obtener verdades absolutas, pero no es suficiente para diferenciar totalmente la verdad que se establece en el proceso de aquella de la que se habla fuera del mismo. Por otra parte, precisamente la tendencia a reducir la regulación jurídica de la prueba y, en especial, a eliminarla respecto de la valoración que termina directamente con la determinación de los hechos, implica claramente la imposibilidad de individualizar una verdad procesal distinta e independiente de la verdad extraprocesal (ob. cit., p. 45).

3.5 Desde otra perspectiva, la *verdad material* se puede reflejar como uno de los objetivos esenciales de cualquier proceso, porque la determinación de los hechos debe ser real, al ser jurídicamente intolerable que se debata un proceso entre ficciones. Mientras que la *verdad formal* reducida a los hechos probados en la causa, sostiene una justificación de la sentencia que solamente se apoya en la convicción adquirida por la habilidad o la persuasión lograda con los medios y la actividad probatoria.

Para compulsar el valor de este dualismo de la verdad, cabe reflexionar que la ciencia jurídica como tal, es precisamente el conocimiento creado con la investigación. Un proceso recrea el aspecto cognoscitivo de la ciencia, por eso, la verdad no puede resultar un sofisma, y menos aun convalidar que sea un esfuerzo estéril.

El proceso tiene que encontrar la verdad, no "su verdad", simplemente porque la actividad probatoria no consagra supersticiones, ni bendice ideologías. Como todo trabajo intelectual persigue la exactitud, en eso difiere de las artes, en razón que a éstas no les importa la fidelidad con la realidad.

Con tal vara de medición, podemos razonar una primera lectura para fundamentar el principio que le permita al juez tener iniciativa probatoria. El proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales, pues no se trata de cumplir ritos caprichosos, sino desarrollos de procedimientos destinados al esclarecimiento de la verdad que es su norte.

3.6 En el tránsito hacia la confirmación del poder instructorio, se deben encontrar los modelos de resoluciones a disponer. Es cierto que el volumen de la verdad es demasiado grande para ubicarlo entre los objetivos de un litigio, tradicionalmente centrado a una lucha entre pretensiones, egoísta en sus exposiciones, acotado en sus posibilidades, y demasiado volátil a sostener la realidad sin que cada parte quiera darle un color preferente. Además, como la verdad no puede ser un "objeto" al ser antes que ello, una "cualidad", los hechos que se afirman, y las negaciones que se proponen, trabajan justamente en esa dimensión de lo versátil.

Cuando se afirma que la verdad no es posible se justifica diciendo que al juez se le proporcionan *juicios verdaderos*, esto es, que concuerden con la realidad. Ese

conocimiento de la realidad es lo que Carnelutti define como "fijación de los hechos"[232], donde se le confiere al tribunal la potestad de determinar cuales serán los hechos a probar y ordenar quienes son los responsables de la producción.

En cambio, quienes consideran que la verdad tiene otro destino, persisten con su confusión al sostener que el proceso trabaja sobre versiones que, por la sistemática, se han de confirmar o descartar. Otros, aun afirmando la necesidad de laborar con verdades como un fin tuitivo de la justicia, aceptan que ella tiene explicaciones poco científicas, para culminar en sentencias que se justifican por la certidumbre alcanzada[233].

Si nosotros pretendemos marcar una hipótesis que oriente reglas en la etapa probatoria, solamente podremos referirnos a la actividad de las partes y a la función judicial, porque el problema de los medios se traza únicamente respecto a la disponibilidad (al no poder aplicarse las pruebas ilegítimamente adquiridas; o las viciadas por cuestiones conexas; etc.), y el aspecto de la valoración concilia mejor con el capítulo de la fundamentación de las resoluciones judiciales.

De este modo, determinar si la verdad es un objetivo parece ineludible porque de ello dependen las reglas y principios a bosquejar para el debido proceso. Con distinto enfoque se podrá afirmar que, siendo el proceso en sí mismo un conjunto de reglas que disponen un método para el debate; como juego que es tiene fórmulas que parten de ser conocidas y aceptadas por las partes, de manera que cambiarlas por fines puristas, puede resultar un contrasentido y hasta inconstitucional por naturaleza.

---

[232] En el lenguaje común –dice Carnelutti-, *prueba* se usa como *comprobación de la verdad de una proposición*; solo se habla de prueba a propósito de alguna cosa que ha sido afirmada y cuya exactitud se trata de comprobar; no pertenece a la prueba el procedimiento mediante el cual se descubre una verdad no afirmada sino, por el contrario, aquel mediante el cual se demuestra o se halla una verdad afirmada [...] En rigor, pues, la *prueba* debe diferenciarse del *procedimiento empleado* para la verificación de la proposición (afirmada) [...] En este sentido, justo es reconocer que el objeto de la prueba no son los hechos sino las afirmaciones, las cuales no se conocen pero se comprueban, mientras que aquellos no se comprueban, sino que se conocen...Por eso, hay una obligación primera para el juez: la *obligación de no poner en la sentencia hechos discutidos que no hayan sido fijados mediante alguno de los procesos queridos por la ley* (Carnelutti, *La prueba civil,* cit., p. 23).

[233]. Debe observarse –dice Taruffo- que la verdad de los hechos puede considerarse como una condición necesaria de justicia bajo cualquier definición jurídica de la justicia de la decisión. Además, no es siquiera incompatible con la teoría según la cual el proceso sirve únicamente para resolver conflictos: si no se acepta como válida cualquier solución del conflicto, y se piensa, en cambio, que debe ser resuelto sobre la base de algún criterio de justicia, entonces se presenta de nuevo la necesidad de reconocer que la determinación verdadera de los hechos es necesaria de cualquier solución justa de un conflicto. Desde este punto de vista se puede decir que el principio de verdad de los hechos no identifica una ideología específica del proceso y, en cambio, representa una suerte de dato constante que resurge en todas las ideologías que conciben algún tipo de decisión justa como finalidad del proceso (Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 65).

3.7 Sin embargo, no es ésta última nuestra opinión. Vamos a reconocer que el planteo dialéctico se presenta sinuoso al tolerar que los hechos se presenten como versiones adaptadas de la realidad anunciada; también podemos admitir que hay principios inocultables que sostienen tradicionalmente la legalidad del sistema (aporte de los hechos por las partes; congruencia del juez con ellos al tiempo de valorar y pronunciar sentencia; imparcialidad del juzgador; control de la prueba por ambas partes; etc.); del mismo modo, se asiente que la persecución de la verdad absoluta tiene límites mensurados con principios propios de la llamada prueba legal (v.gr.: las presunciones *iuris et de iure*; imposibilidad de practicar ciertas pruebas en determinados procesos; etc.); y también se consiente que, a veces, la actividad probatoria tiene plenas dificultades para asumir iguales condiciones generales: por ejemplo, en el proceso penal es el fiscal quien debe investigar y probar porque el procesado tiene un argumento de resistencia suficiente con la presunción de inocencia; mientras que en los procesos sociales (v.gr.: cuestiones de estado, familia, laborales, etc.) podría comulgarse con la idea fuerza de un deber de colaboración de todos los operadores jurídicos en lograr la resolución justa sobre la base de hechos probados que sean auténtico reflejo de lo ocurrido en el conflicto.

En fin, entre tantas situaciones no se descarta tampoco la influencia de la conducta de las partes, que con sus propias actitudes pueden eludir que sea la verdad un fin del proceso. Simplemente con admitir o reconocer un hecho afirmado por la contraria, se evita la prueba, y se aplica un justificativo para la apreciación (darle un precio a ese acto voluntario) que tendrá en la sentencia[234].

Superadas estas consignas sostenidas por paradigmas afianzados y sin rebatir, pareciera que luce cierta hipocresía en la lucha por conseguir la verdad, pero sin poner esfuerzo en la técnica para alcanzarla. "*Quiero que el juez haga justicia y determine la verdad de los hechos, siempre y cuando no hostigue con su pretensión las reglas inalterables del discurso y el método*".

---

[234] En el fondo del planteo no deja de ser cierta la advertencia que formula Ferrer Beltrán, cuando dice que la distinción entre "ser verdadero" y "ser tenido por verdadero", permite dar cuenta de los problemas que llevaron a la distinción entre verdad material y verdad formal, sin presentar los inconvenientes que suscita esta última y, especialmente, sin multiplicar las nociones de verdad. Además, se pone el acento en que no se trata de que "existan" distintas verdades, sino más bien de la diferencia entre la verdad de una proposición, que no es dependiente de ningún sujeto que la exprese, y la actitud mental de un sujeto, en este caso, el juez respecto de la verdad de la proposición (ob. cit., p. 17).

3.8 Verdadero punto nervioso constituye la veracidad en el proceso dado que, si es deber de las partes obrar con la verdad en cada postura o afirmación procesal, solamente ese proceder significaría actuar de buena fe; a *contrario sensu,* todo ocultamiento o toda mendacidad importaría una afrenta al principio de la conducta recta y honesta, y con ello, una violación al principio de moralidad[235].

El nudo de la cuestión se concentra en este sencillo interrogante: ¿existe el deber de decir verdad en el proceso? A partir de las respuestas que se obtengan, fácilmente se entenderá que éste es un tema que no admite posiciones intermedias porque tampoco hay verdades a medias o mentiras parciales.

Toda la problemática relaciona tantos frentes de ataque como inquietudes le merezcan al estudioso. Precisamente, como la verdad se une a la moral en un parentesco próximo, el deber de veracidad se puede atender como una aspecto de la política procesal, de filosofía jurídica, de derecho y deberes procesales, etc.

Procuraremos alcanzar algunas conclusiones de aplicación estrictamente procesal, adelantando desde ya que, a nuestro entender, el deber de veracidad está atrapado en el principio de moralidad y desplazado como punto de encuentro para generar consecuencias imputables, toda vez que, desde la publicización del proceso y la desnaturalización del instituto del perjurio, ha perdido interés su consideración para atender ahora, concretamente, a la conducta cumplida en el proceso.

3.9 Si la sola mención del deber de decir verdad no basta para lograr el objetivo, puede discurrirse que se piensa más en la sanción que en lo preventivo, con lo cual la política procesal de moralidad se enfrenta con el corte inquisitivo que se consigue con las penas. Sin embargo, parece razonable pensar que la deducción es muy estricta, sobre todo si la relacionamos con la consagración del deber de veracidad sin encontrarse expresamente dispuesto. Veamos por qué.

---

[235] Según Furno, las cuestiones principales de este tema son dos: la primera se refiere a la "verdad"; la segunda al "deber". Decir la verdad. Bien. Pero ¿qué verdad?. Establecer un deber. Bien. Pero ¿qué deber? Ambas cuestiones se han presentado en la mente de numerosos escritores, y la rica literatura que sobre el tema se ha formado, rápida y recientemente, ofrece tal cosecha de observaciones que produce múltiples facetas (ob. cit., p,.56).

Casi todos los ordenamientos procesales que reglaron el principio de certeza (como veracidad) bajo un aspecto punitivo, se encontraron con que, a partir del advenimiento de una nueva perspectiva en el derecho procesal, que desplazaba el centro de gravitación de las partes hacia el juez se modificaba seriamente la función de éste si se le conservaban los principios represivos.

Si ahora el juez era director, instructor y efectivo enlace de justicia con la realidad, aquellos desvíos operados en el devenir procedimental sólo podrían desarrollarse actuando temeraria o maliciosamente, es decir, obrando con artería, dolo, artificio, engaño, etc. En síntesis: *el problema estaba en la mentira y no en el deber de veracidad.*

Sin embargo, los códigos no variaron su cuadro de situación. Advirtieron el problema, pero temieron que, de no subsanarse expresamente la obligación de conducirse con verdad, y de reprimir su ocultación, tácitamente receptarían la mentira en el pleito. Nada más errado; y ello así lo sintió el codificador italiano de 1940, que sabiamente deslindó los aspectos lógicos de la obligación de sus connotaciones prácticas[236].

---

[236] Al respecto decía Carnelutti: "La moderna concepción del proceso civil elimina todo obstáculo contra el reconocimiento de la obligación: puesto que el proceso se sigue en interés público y por esto tiende a un resultado de justicia; por lo que la parte sirve al proceso y no el proceso a la parte, no existe la más remota razón para sustraer la acción de la parte a aquellos preceptos que el interés público reclama; el llamado principio dispositivo es una directriz de conveniencia y nada más, de manera que, según la conveniencia, puede ser limitado; la parte no se contrapone en absoluto al testigo en el sentido de no ser también ella un instrumento del proceso, por lo que en principio no hay razón alguna para que se pueda imponer al testigo, y no a la parte, la obligación de decir verdad. En cambio, desde el punto de vista de la conveniencia, la cuestión es muy delicada; en efecto, si es verdad que también la parte, lo mismo que el testigo, es un instrumento del proceso, es, sin embargo, un instrumento que opera de un modo enteramente diverso; las ventajas que el proceso obtiene de ellas dependen, sobre todo, de su iniciativa y, por lo tanto, de su libertad; cualquier límite señalado a ésta compromete su rendimiento; además, la acción de la parte se desarrolla por medio de la contradicción, que es una forma de lucha, no se puede, sino de un modo relativo, desterrar la fuerza y la astucia; en suma, cuanto más se atan las manos a las partes, tanto más, junto con el peligro del engaño o de la mentira, se desvanece también el beneficio de su acción. Esto quiere decir que la solución del problema debe ser una solución de proporción...".

"El derecho positivo italiano adopta una solución de este tipo siguiendo una directriz general que se manifiesta aun fuera de los límites del proceso; tal directriz se funda en la distinción entre engaño y mentira, a la que se adapta ya el derecho contractual. El engaño es mentira agravada por la realización de actos encaminados a determinar su credibilidad y, por lo tanto, a crear las pruebas idóneas para hacer admitir su verdad; lo que los romanos, a propósito del dolo, llamaban la "*machinatio*" y, los franceses, a propósito de la estafa, la "*mise en scène*" *Sistema de derecho procesal civil*, traducción de Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944, ps. 126 y ss.).

Ideas que reitera en su famoso estudio *"Contra el proceso fraudulento*", donde destacó que "bajo este aspecto, para el buen fin del proceso es necesaria la igualdad de las partes, incluso desde el punto de vista de la fuerza o de la bellaquería; de ahí que a veces a un litigante galeote, en interés mismo de la justicia, mejor que un clérigo, se le contrapone un marinero" (Carnelutti, *Estudios de derecho procesal civil,* tomo II, ps. 68 y ss.).

El material que nutre el proceso se compone de hechos y de derecho sobre los que las partes afirman sus respectivas postulaciones[237]. La extensión a todos los hechos importa aceptar que deban relatarse hasta los más mínimos o inverosímiles, pues, en definitiva, le corresponderá al juez decidir la importancia o trascendencia que tiene el suceso para decidir la causa.

En cuanto al derecho, la cuestión es más delicada, y ello se advierte en las diferencias que establecen las distintas legislaciones a la hora de atenderlo. Por ejemplo, en los Códigos Alemán y Austriaco, la veracidad se requiere sólo con respecto a los hechos; mientras que los Ordenamientos Sueco, Ruso y Dinamarqués hacen extensiva a los argumentos jurídicos[238].

En nuestro parecer, no existe un deber de veracidad en el derecho, cuanto más se puede exigir certeza. Mientras que para la presentación de los hechos priva el criterio de la verdad. La argumentación equívoca tiene su contracara en la apariencia, la simulación, el fraude o el dolo, y confirma un abuso procesal que se desenvuelve con singularidades propias.

La exposición fáctica, concisa y reticente, puede generar en ambigüedad o en una presentación defectuosa por oscuridad, sin perjuicio de otros vicios formales. Directamente, la demanda falaz determina estafa procesal, y en ello, insistimos, más que conseguir la verdad -que a veces se constituye en un estado ideal- al código procesal le interesa prevenir la mentira y el engaño.

---

[237] Con relación a los primeros -dice Peyrano-, subsiste la polémica para determinar si, en oportunidad de invocarse las circunstancias fácticas, éstas deben complementar una acabada descripción del suceso, sin quitar ni recortar motivos que empeoren o dificulten la situación del exponente. Grossmann participa de la opinión por la cual debe sancionarse la ocultación de hechos cuyo conocimiento resulta indispensable para la claridad y dilucidación de la litis. A su criterio, el silencio debe considerarse como contrario a la verdad; tanto él como la declaración incompleta, o ambigua, agravan el deber en comentario. Esta veracidad –agrega- "se exige no solamente con respecto a los hechos controvertidos, sino igualmente a los hechos indiscutidos que el juez debe aceptar, en general, sin previo examen alguno", estableciendo solo una restricción: "La exigencia de la veracidad, con inclusión de los hechos no discutidos, deja intacto el derecho del litigante de abstenerse de la impugnación de las alegaciones hechas por la parte contraria, sea que fueran verídicos o no. La parte no es obligada a declarar, pudiéndose hacer condenar en rebeldía, si lo prefiere a la intervención activa en el juicio" (*El proceso civil,* cit., p. 79).

[238] Grossmann interpreta que, no obstante la limitación a la veracidad de los hechos en ciertas normas nacionales, el deber de veracidad comprende toda la declaración procesal, sea que concierna a los hechos, a los argumentos jurídicos o a la rendición de la prueba (ob. cit., p. 71). Peyrano, entre los autores argentinos, coincide con estas apreciaciones, reservando en la alegación del derecho la preeminencia del principio *iura novit curia*.

Con el derecho, la condición difiere según las invocadas sean normas procesales o materiales. Es decir, que se amparen en la pretensión procesal o en la situación material. En la primera, el interesado puede invocar el camino de fundamentación, aunque sea provocado o voluntario el error, pues al juez le corresponde decidir el trámite a desarrollar y las pruebas a producir.

En cambio, en la afirmación del derecho material no pueden invocarse argumentos que induzcan a error o sean desleales o pretendan una finalidad distinta a la que verdaderamente obtendrían presentando el caso jurídico en los términos de su real configuración.

4. El derecho a la verdad en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

4.1 En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde uno de los primeros casos contenciosos como fue *Velásquez Rodríguez,* se viene trabajando el concepto del "derecho a la verdad". Concepto que supone "saber qué pasó", siendo un conocimiento que lo exige la víctima y/o sus familiares, pero que se extiende a todos quienes trascienden la esfera del interés particular porque hace a la esencia de un Estado resguardar y proteger los derechos humanos.

La idea se explana a consecuencia de la práctica de desapariciones forzadas de personas que implicó, en muchos casos, la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron, lo que significa una brutal violación del derecho a la vida, reconocido en el artículo 4 de la Convención.

Dicha práctica generalizada en las dictaduras latinoamericanas del siglo pasado, significa una ruptura radical de este tratado, en cuanto implica el craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios que más profundamente fundamentan el sistema interamericano y la misma Convención. La existencia de esa práctica, además, supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado de modo que se garanticen los derechos reconocidos en la Convención.

4.2 En *Velásquez Rodríguez* la Corte acentuó el incumplimiento del artículo 1.1 de la Convención, que es fundamental para determinar si una violación de los derechos

humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención.

La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de "respetar los derechos y libertades" reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado.

La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, afirma la Corte que debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad.

> Según el principio de Derecho internacional de la identidad o continuidad del Estado, la responsabilidad subsiste con independencia de los cambios de gobierno en el transcurso del tiempo y, concretamente, entre el momento en que se comete el hecho ilícito que

genera la responsabilidad y aquél en que ella es declarada. Lo anterior es válido también en el campo de los derechos humanos, aunque, desde un punto de vista ético o político, la actitud del nuevo gobierno sea mucho más respetuosa de esos derechos que la que tenía el gobierno en la época en la que las violaciones se produjeron. Esta resolución avanza en el reconocimiento de los estados de este derecho, incorporando elementos que caracterizan el status normativo del *Derecho a la verdad* como una norma internacional consuetudinaria, ya que los estados reconocen "el derecho que asiste a las víctimas de violaciones manifiestas de los derechos humanos y violaciones graves de las normas internacionales de derechos humanos, así como a sus familias, en el marco del sistema jurídico interno de cada Estado, de conocer la verdad sobre esas violaciones, en particular la identidad de los autores y las causas, los hechos y las circunstancias relacionados con las violaciones".

4.3 Respecto a los principales elementos que constituyen el derecho a la verdad, la mayoría mencionados en la resolución 2005/66, cabe destacar de manera sucinta y tomando en cuenta la experiencia latinoamericana en materia del derecho internacional de los derechos humanos las siguientes características:

a) Derecho a la verdad o derecho a saber como derecho colectivo;

b) Derecho a la verdad o derecho a saber como reparación;

c) Derecho a la verdad como cesación de la violación al derecho a la integridad psíquica y moral;

d) Derecho a la verdad como prevención, como memoria;

e) Derecho a la verdad o derecho a saber como obligación de medios y no de resultados;

f) Derecho a la verdad o derecho a saber como derecho al duelo;

g) Derecho a la verdad que incluye el derecho a la justicia.

h) El derecho a la verdad como derecho colectivo.

CAPÍTULO XIV

EL PRINCIPIO DE COLABORACIÓN EN LA PRUEBA

1. Introducción

1.1 El derecho a la verdad obligó a investigar el alcance que tenía la decisión transnacional que ordenaba aplicar un estándar nuevo para el objeto de la prueba. Aunque se estaba pronunciando para casos de desaparición forzada de personas, la continuidad jurisprudencial lo extendió a otros procesos, con cierto énfasis en los de investigacion penal, dejando un claro mensaje: la prueba no es un peso o carga que las partes deben cumplir como si fuera una advertencia que, en el caso de no ser producida, perdería el derecho a una sentencia favorable. Todo lo contrario, la etapa probatoria en sus diversas tiempos de ofrecimiento y producción, son una tarea de los sujetos procesales, quienes deben trabajar cooperativa y solidariamente.

La Corte interamericana ha señalado que es fundamental esta pesquisa para saber qué pasó y cómo fueron los hechos; el objetivo es determinar la eventual responsabilidad internacional y, en su caso, promover el castigo de todos los responsables, especialmente cuando están involucrados agentes estatales. Pero como estándar de los procesos, afirmó que era un deber de jueces y tribunales (y también de los funcionarios del Estado), investigar con todos los medios y esfuerzos compartidos, dando espacio a la contribución procesal, en lo que fue llamado el "solidarismo procesal de la prueba".

De no ser así se estarían creando, dentro de un ambiente de impunidad, las condiciones para que se repitan estos hechos, lo que es contrario al deber de respetar y garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva.

En efecto […]:

> De la obligación general de garantizar a toda persona bajo su jurisdicción los derechos humanos consagrados en la Convención, establecida en el artículo 1.1 de la misma, en conjunto con el derecho a la vida conforme al artículo 4 de dicho tratado, deriva la obligación de llevar a cabo una investigación oficial efectiva en casos de ejecuciones extrajudiciales, ilegales, arbitrarias o sumarias. En estos casos las autoridades de un Estado deben iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva, una vez que tengan conocimiento del hecho.

> El deber de investigar es una obligación de medio, no de resultados. Ésta debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad. Esto último no se contrapone con el derecho que tienen las víctimas de violaciones a los derechos humanos o sus familiares, a ser escuchados durante el proceso de investigación y el trámite judicial, así como a participar ampliamente de los mismos[239].

1.2 Para cumplir esta obligación convencional, el Estado tiene que disponer de todos los medios legales disponibles, y poner a cargo del esclarecimiento a funcionarios independientes y ausentes de toda sospecha de interés particular.

Ahora bien, si este deber de investigar de todos es un estándar, y en su caso, produce que los jueces deban participar y dirigir la investigación, aparece un interrogante inmediato ¿Están ellos comprometidos con el deber de esclarecimiento? Es evidente, entonces, que se producen contradicciones teóricas con algunos sistemas, y tiene un peso específico en el modo de regular dentro de una ley sustancial aspectos que corresponden a las reglas procesales.

En los procesos de familia, en cambio, los poderes del juez en materia probatoria, se ponderan especialmente al punto de convertirse en un principio propio dentro de la oficiosidad.

Acertadamente dice Masciotra […]

> Los poderes probatorios oficiosos deben ejercerse con una cuidadosa aplicación del principio de contradicción, adecuada fundamentación de las resoluciones vinculadas al ejercicio discrecional de las potestades conferidas a los magistrados; deben admitir la impugnación fundada de la decisión adoptada, como asimismo garantizar el cumplimiento del principio de igualdad, otorgando a las partes el pleno, amplio y total ejercicio del derecho a ofrecer todas las medidas probatorias que avalen su derecho, la práctica de contrapruebas y el poder participar activamente de su producción. El respeto de tales principios impedirá cualquier connotación arbitraria de la iniciativa probatoria del juez. La efectiva y concreta responsabilidad de los magistrados se logra confiriendo un mayor control de su actividad jurisdiccional por parte de los sujetos procesales, pues la participación activa de las partes -en realidad, de los abogados, que revisten el carácter de apoderados o patrocinantes- equilibrará los poderes y deberes de los jueces y

---

[239] Corte IDH. Caso *Baldeón García vs. Perú,* sentencia de 6 de abril de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, N° 147, párrs. 92 y 93.

> constituirá la garantía más idónea para impedir el ejercicio arbitrario e ilimitado de aquellos[240].

1.3 En consecuencia, la conflictividad que tiene aumentar la instrucción procesal dejandola en manos del tribunal, suele atacarse desde el ángulo de la pérdida de imparcialidad. Y, al mismo tiempo, trae a colación el valor jurídico del control de convencionalidad en el derecho interno, porqué podría ocurrir que la palabra final de cierre que naturalmente tiene el Superior Tribunal de Justicia de un Estado cualquiera, quedaría obstruido por el deber de ejecutar y cumplir con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aun cuando sa reitera que ella no actúa como 4ª instancia ni revisa la cosa juzgada.

Es verdad que los Estados tienen el deber de brindar la protección necesaria para que los derechos de las personas se encuentren suficientemente garantidos. De modo tal que el déficit acusa y torna responsable a quien deja de cumplir con la garantía, o lo hace de modo insuficiente.

La investigación judicial tiene reglas que dependen de los sistemas procesales. Hay principios, como el acusatorio, que pone en cabeza del Ministerio Público Fiscal la tarea de recolectar pruebas que puedan identificar los hechos; por su parte, un Juez de Garantías controla la tutela judicial efectiva del procedimiento y de los posibles acusados que en esta etapa son apenas sospechosos, amparados por la presunción de inocencia. El principio es que no puede investigar quien ha de juzgar; y que no puede resolver quien está investigando.

Pero el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Sistema IDH) sostiene que […]

> La protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones[241].

---

[240] Masciotra, *Principios generales en los procesos de familia,* cit., p, 11. También, del mismo autor, ver: *Poderes-deberes del juez en el proceso civil*, Astrea, Buenos Aires, 2014, p. 418.

[241] Corte IDH. Casos *Velásquez Rodríguez vs. Honduras,* sentencia de 29 de julio de 1988*; Godínez Cruz vs. Honduras,* sentencia de 20 de enero de 1989, y *Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras*, sentencia de 15 de marzo de 1989, párrs. 134, 140 y 136, respectivamente.

1.4 La desigualdad que se manifiesta es de pura lógica, porque el procedimiento internacional solo tiene de parecido con el punitivo el principio del contradictorio, que respeta la discordancia, siendo el derecho de defensa uno de los fundamentos del artículo 44 del Reglamento, en lo que atañe a la oportunidad para el ofrecimiento de la prueba, con el fin de que haya igualdad entre las partes[242].

Al respecto se señala que […]

> Según la práctica del tribunal, al inicio de cada etapa procesal las partes deben señalar qué pruebas ofrecerán en la primera oportunidad que se les concede para pronunciarse por escrito. Además, en ejercicio de las potestades discrecionales contempladas en el artículo 45 de su Reglamento, la Corte o su Presidente podrán solicitar a las partes elementos probatorios adicionales como prueba para mejor resolver, sin que ello se traduzca en una nueva oportunidad para ampliar o complementar los alegatos, salvo que el Tribunal lo permita expresamente[243].

En cuanto a la recepción y la valoración de la prueba, se aclara que los procedimientos que se siguen ante el tribunal internacional no están sujetos a las mismas formalidades que las actuaciones judiciales internas, y que la incorporación de determinados elementos al acervo probatorio debe ser efectuada prestando particular atención a las circunstancias del caso concreto y teniendo presentes los límites trazados por el respeto a la seguridad jurídica y al equilibrio procesal de las partes.

Además, la valoración probatoria sigue la libertad de apreciación, pero en sede transnacional, la Corte IDH tiene la potestad de apreciar y valorar las pruebas según las reglas de la sana crítica, sin la rigidez de la pauta común. Hay en la especie, para efectos de la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado por violación de derechos de la persona, una amplia flexibilidad en la calificación de la prueba rendida

---

[242] Cfr. Caso *Caesar*, sentencia de 11 de marzo de 2005, Serie C, N° 123, párr. 41; Caso *de las Hermanas Serrano Cruz*, sentencia de 1º de marzo de 2005, Serie C, N° 120, párr. 31; y Caso *Caso Lori Berenson Mejía,* sentencia de 25 de noviembre de 2004, Serie C, N° 119, párr. 62.

[243] Cfr. Caso de las *Hermanas Serrano Cruz*, párr. 32; Caso *Lori Berenson Mejía*, párr. 63; y Caso *Molina Theissen. Reparaciones*, sentencia de 3 de julio de 2004 (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie C, N° 108, párr. 22.

ante ellos sobre los hechos pertinentes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia[244].

Estas notorias disparidades son las que se deben considerar, pues para impulsar que sea un estándar el activismo probatorio del juez, es necesario analizar, como lo hicimos con relación al derecho a la verdad, la posibilidad de no violar otras garantías.

2. Principio de colaboración

2.1 La naturaleza jurídica del proceso de familia trabaja con derechos humanos individuales y colectivos, logrando el género "familia" una sustantividad que antes no tuvo. Esto traza una importante diferencia con el resto de los procedimientos que se sustancian.

Ponerlo en tándem con los ordenamientos jurídicos que usa en su gestión el tribunal internacional, significaría actuar con el llamado "*Corpus Iuris Interamericano*", donde los derechos del niño, de la mujer, de los adultos mayores, etc., son apenas una parte del *ius commune*. Por tanto, los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal; ni la Comisión los investiga como probables entes delictivos. El derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones[245].

En este modelo -explica García Ramírez- los tecnicismos procesales no se pueden emparentar con el formato de investigar las violaciones graves de los derechos humanos […]

> Ahora bien, es preciso advertir que tras los denominados "tecnicismos", a los que algunos observadores restan importancia e incluso atribuyen resultados adversos a la seguridad y a la justicia, se hallan verdaderos derechos humanos que deben ser respetados. Por ejemplo, cuando el procedimiento penal cumplido afrenta el debido proceso, priva de soporte jurídico a la sentencia y obliga al Estado a llevar adelante, si así lo resuelve, un enjuiciamiento en el que se observen todas las garantías para arribar a la conclusión que

---

[244] Cfr. Caso *Caesar*, párr. 42; Caso de *las Hermanas Serrano Cruz*, párr. 33; Caso *Lori Berenson Mejía*, párr. 63; Caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala,* sentencia de 20 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, N° 126, párr. 47.

[245] Gozaíni, Osvaldo A., *El debido proceso. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* tomo 2, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2017, p. 109.

> derive de los hechos aducidos por quien acusa, las pruebas presentadas por las partes o atraídas por el tribunal y el debate en torno a aquellos –no acerca de otros hechos– con sustento en estas. No hay, pues, riesgo de impunidad, sino exigencia de justicia conforme a las previsiones de la Convención Americana, que el Estado ha ratificado[246].

2.2 Precisamente, pese a la bilateralidad y contradicción que existe, los principios probatorios elaboran dos premisas conducentes que son el deber de investigar, y el derecho a saber la verdad. Para ello la carga probatoria no se toma de la teoría del proceso, ni del derecho probatorio en particular, porque las normas de distribución del *onus probandi* le corresponden a todos.

Dicho esto aparece una inexorable consecuencia: en el proceso de familia el deber de probar no es una carga, sino un deber de todos los protagonistas del proceso.

Hemos dicho que […]

> Referir a la carga de la prueba en la investigación, no tiene consistencia. Lo que existe es una averiguación concreta sobre los hechos y relatos, con la verificación eventual de aquellos documentos que la Comisión tendrá que confrontar. La etapa es un juicio de probabilidades, no de pruebas. Es un medio de dar verosimilitud a cuanto se afirma en la queja, y deducir con la subsunción y el razonamiento el juicio hipotético. Por ello, la Corte IDH consideró que en algunos casos, la carga de probar que a la Comisión le corresponde por vía de principio, no era plenamente aplicable para demostrar el paradero de las tres personas desaparecidas en el caso *Neira Alegría*[247], sino que, por la circunstancia de que en su momento los penales y luego las investigaciones estuvieron bajo el control exclusivo del Gobierno, la carga de la prueba tenía que recaer sobre el Estado demandado. Estas pruebas estuvieron a disposición del Gobierno o deberían haberlo estado si este hubiera procedido con la necesaria diligencia[248].

Es decir, considerar a la prueba como una carga significa que el riesgo de no probar por quien debe hacerlo, convierte la etapa de investigación preliminar en una aventura totalmente insegura e incierta para el denunciante. En cambio, si queda

---

[246] Corte IDH. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez en la sentencia del caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala,* sentencia de 18 de junio de 2005.

[247] Corte IDH, *Caso Neira Alegría y Otros*. Sentencia de 19 de enero de 1995 (Fondo). Serie C, Nº 20, párr. 65.

[248] Gozaíni, *El debido proceso. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* tomo 2, cit., ps. 114 y ss.

entendido que no hay carga probatoria en este tiempo, la idea de confirmar y verificar resulta más acertada con los fines del estándar.

Con esta inteligencia, los paralelos que se quieran encontrar con las bases del derecho probatorio, son innecesarias e inoficiosas, porque estamos en presencia de un nuevo principio, el de *colaboración*, que no significa desplazar la prueba, en la medida que si queda en otros la obligación de verificar podría ser tan peligroso como no investigar. El ocultamiento de pruebas es un riesgo posible, de allí que en el proceso de familia no sea propio referir a una investigación, sino al descubrimiento de la verdad.

2.3 Ahora bien, lo que se debe esperar en el tránsito de superar esta etapa y conseguir la admisión, es la colaboración de todos los sujetos del caso.

En síntesis, el procedimiento de investigación preliminar que concreta la Comisión IDH como fiscal del sistema, y la etapa contenciosa que habilita el procedimiento ante la Corte IDH, tienen como finalidad verificar si un Estado Parte ha cumplido con el respeto a los Derechos Humanos, y con esta intención, no se persigue convencer sino descubrir la verdad de lo sucedido.

Es claro, entonces, que la etapa probatoria difiere del derecho interno, y que el objetivo de alcanzar la verdad podría, en principio, estar diluida como deber de contenido para todo proceso. Afirmación ésta que varía en los procesos familiares, donde todos quieren y tienen derecho a saber qué pasó y como se puede mejor resolver, con modelos más próximos a la gente.

El uso apropiado de dicho estándar, permite afirmar -como lo hace la Corte Suprema de Justicia (Argentina) que […]

> La decisión de la cámara que no hizo lugar a la indemnización especial por despido por causa de matrimonio en razón de que el trabajador no había probado que el distracto se produjera por esa causa, se exhibe prescindente de los principios y directivas constitucionales e internacionales que, sin desmedro de propender al especial resguardo de la mujer, privilegian también la protección del matrimonio y de la vida familiar (arts. 14 bis de la Constitución Nacional y 11.2 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 3 y 16 de

> la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)[249].

Recordemos que, el concepto de "carga dinámica de la prueba" o "prueba compartida", que se emplea habitualmente cuando los extremos son de muy difícil comprobación, consiste en hacer recaer dicha obligacion de prueba en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la solución del caso, logrando así una cooperación con el fin tuitivo del proceso de familia.

3. Principio de libertad

3.1 En la búsqueda de la autenticidad todos quienes han protagonizado los hechos, o saben de ellos, tienen que corresponder con el deber cívico de colaborar con las partes procesales, concepto que no es técnicamente puro en materia familiar. Nos referimos a que dentro de la oficiosidad, confirmar que el proceso se entable entre justas partes, no es absolutamient cierto, y se ratifica cuando hay menores que han de ser protagonistas (sin ser partes) y otros sujetos a quienes se deba necesariamente oír.

La amplitud de pruebas lleva a que, en sentido general, se conceda a la justicia material una protección reforzada, en el entendido de hacer prevalecer, en ciertos casos, la materia sobre las formas, sobre todo si el tribunal trabaja sobre la noción amplia de familia.

> El proceso es un medio para realizar la justicia y ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades, sin que por ello se afecte la seguridad jurídica y el equilibrio procesal entre las partes. Por referirse a violaciones a derechos humanos y acoger, en consecuencia, el principio de verdad histórica, el proceso ante este tribunal internacional tiene un carácter menos formalista que el seguido ante las autoridades internas[250].

3.2 Por supuesto, toda la etapa de verificación y reproducción de pruebas se concilia con el *principio de adquisición*, es decir, que todos se benefician o perjudican con el resultado de los elementos aportados a la causa por cualquier de ellas.

---

[249] Fallos: 343:1037.

[250] Corte IDH. Caso *Lori Berenson Mejía*. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C, N° 119, párr. 62.

La Corte IDH no se ha referido expresamente a este principio, pero se ocupa del mismo cuando sostiene que […]

> La Corte apreciará el valor probatorio de los documentos, declaraciones y peritajes presentados por escrito o rendidos ante ella. Las pruebas presentadas, durante todas las etapas del proceso han sido integradas a un mismo acervo probatorio, que se considera como un todo[251].

Idea que transportamos a los procesos de familia porque es una lógica de la colaboración probatoria. Propiamente no es una flexibilización al principio de la carga probatoria que rige en el proceso civil, por el cual se reparte el esfuerzo de confirmar o demostrar, entre quienes están en mejores condiciones para hacerlo. Ya sea por la proximidad con los medios de prueba, o por disponer de ellos.

Tampoco expresa un *favor probationis* más conicido como cargas probatorias dinámicas, por el cual el juez se inclina por poner la carga de la prueba de la inculpabilidad sobre la parte que está en mejores condiciones de hacerlo. Por ejemplo, el artículo 710 del Código Civil y Comercial de Argentina, establece que los procesos de familia se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba. La carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar.

La iniciativa probatoria del juez proviene de una constatación elocuente: la prueba tiene muchas dificultades de obtención, las que suceden por la imposibilidad notoria de conseguirlas (pruebas leviores, o también llamadas diabólicas), de las que estando en poder de una de las partes no la acompaña o esconde; o cuando los propios hechos se conocen por solo uno de los sujetos y se niega a revelarlos; en fin, hay muchos casos, y son más las ocasiones que terminan usándose presunciones, las que cobran un elevado valor que, al mismo tiempo, son propicias para el razonamiento judicial, pero poco ayudan en el esclarecimiento de los hechos.

3.3 Por eso llega el principio de colaboración como un instituto capaz para darle a la etapa probatoria del proceso de familia un procedimiento adecuado con la tutela judicial efectiva.

---

[251] Corte IDH. Caso *Bulacio vs. Argentina*, sentencia de 18 de septiembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, N° 100, párr. 68.

Adviértase que, de ser mantenido el principio dispositivo clásico (por el cual el juez llega únicamente al conocimiento de los hechos y las pruebas ofrecidas por las partes, y es a ellas a quienes les corresponde el impulso procesal) la potestad judicial quedaría notablemente reducida; y si a ello se suman las limitaciones que en materia de prueba existen con el reducto de los hechos conducentes y controvertidos como objeto de la prueba, pareciera no tener cabida alguna el principio propuesto.

3.4 En este escenario el principio de libertad significaría iiremediablemente que el juez no podría utilizar sus poderes instructorios, limitando la producción de un medio de prueba, o rechazándolo por inoficioso, pues de hacerlo, afectaría el mismo principio de probar con toda amplitud. De aplicar esta línea, sería congruente rechazar el testimonio de parientes (v.gr. los consanguíneos); o dejar de oír al niño porque es menor de edad; o eludir las declaraciones de partes porque lo impide también el principio de bilateralidad acentuado en el derecho de defensa.

Sin embargo, este no es el objetivo del principio de libertad en materia de conflictos familiares. Aquí el uso va de la mano de otros principios, como la verdad perseguida como norte del proceso; la lealtad, probidad, buena fe y confianza que las partes y demás sujetos que intervienen deben asegurar; sin que ninguno pueda usar en su beneficio los permisos de la norma que evidencian un abuso en el proceso.

Con todo ello, el principio de libertad establece una regla que reafirma la amplitud probatoria en los procesos de familia. Es decir, que las partes en un proceso de esa naturaleza, además de tener la libertad de probar cualquier hecho, también podrán ofrecer y producir toda prueba que crean necesaria para probar las mismas circunstancias. Inclusive, aquellas que formalmente no son las reguladas por ley, pero que tienen potencialidad positiva para el descubrimiento.

> Figurémonos -dice Arturo Bianchi- […] "el caso en el que una parte ofrece cuatro medios de pruebas para probar el mismo hecho y el juez le rechaza tres de ellos por superfluos antes de que el cuarto admitido sea producido. Cuando ese cuarto es producido y la prueba que de él resulta se adquirió para el proceso y su resultado no arrojó la conclusión que la oferente buscaba o necesitaba, este se quedó en absoluta orfandad probatoria solo porque el juez, al momento de expedirse respecto de la prueba en la audiencia preliminar, consideró que las otras tres oportunamente ofrecidas y dirigidas a probar el mismo hecho, resultaban sobreabundantes. Pues bien, esa limitación ya no podrá ser admitida en los tribunales de familia de nuestro país, quedando eventualmente en poder de las partes la

posibilidad de desistir de aquella prueba que a su criterio resultare superflua y con la reserva de que el juez, eventualmente, pueda ordenar alguna medida para mejor proveer".

"Opino incluso que, si bien ahora previsto expresamente para los procesos de familia, este principio de amplitud de prueba es una garantía para el justiciable que debería ser instrumentada en todo tipo de proceso, para la plena satisfacción de la tutela judicial efectiva"[252].

4. Principio de flexibilidad

4.1 Esta es una variante del principio de legalidad formal que bien podría quedar inmerso dentro de lo antes explicado. No obstante, en materia probatoria tiene más argumentos de aplicación específica en los procesos de familia.

En efecto, de cuanto se trata es de impedir el uso de solemnidades y ritualismos que encuadran a los medios de prueba dentro de un molde preestablecido, sin darles posibilidad de realización sin dicho marco de referencia. Un testigo declara lo que sabe y pasó ante sus sentidos; la parte confiesa o declara; los terceros informan o emiten dictámenes, y así cada uno tiene su rol operativo.

4.2 Ahora bien, en un litigio familiar anidan otros aspectos a revelar que, de usar los medios de prueba con el ajuste del rito, podrían quedar inaprovechados. Un testigo excluido sabe más que el que conoce por referencia o información indirecta; un perito puede informar más allá de los puntos que se le requieren; un sujeto con intereses directos puede ser testigo; y así, cada medio de prueba toma una flexibilidad natural que pone la colaboración no ya como un deber de las partes, sino como una ayuda hacia la búsqueda de la verdad.

Afirmar que un medio de prueba no es el apto para probar un determinado hecho, independientemente de las medias verdades que ello puede tener aparejado, puede conllevar a un injustificado ocultamiento de la realidad de los hechos, pues no se sabe, hasta que la prueba no se produce, si ella resultó ser la pertinente o no. De ahí que, si en un proceso de familia, se ofrece un determinado medio de prueba, aun cuando se creyese

---

[252] Bianchi, Arturo, *Los principios de oficiosidad y de colaboración probatoria dinámica en los procesos de familia,* ps. 103 y ss. En "Innovaciones del Código Civil y Comercial de la Nación y nuevos institutos procesales", editorial Ediar, Buenos Aires, 2018 (AA.VV. – Osvaldo A. Gozaíni [Director]).

que no es el apto para probar lo que se intenta acreditar, deberá existir flexibilidad en su admisión[253].

4.3 En suma, en los procesos de familia anidan tres principios que trabajan en armonía: la libertad de ofrecimiento y producción de medios probatorios; la amplitud que se debe asignar a cada uno para conseguir el objetivo de saber la verdad; y la flexibilidad como mecanismo articulador de estas finalidades.

No hay obligaciones particulares, sino una complementariedad de tareas con destino verificador, donde la iniciativa probatoria del juez se integra con el mismo objetivo señalado.

5. Carga de la prueba

5.1 Como se observa de los principios y del mismo desarrollo del procedimiento, el mecanismo probatorio funciona de manera diferente al que tienen los procesos ordinarios, lo que no debe llevar a sorpresas pues cuando están en juego derechos tan relevantes como son los de la familia, la construcción teórica no puede ni debe ser paralela.

No cambian las garantías que se preservan en la dimensión del debido proceso, pero cuando una persona llega a la instancia jurisdiccional, es porqué no ha tenido posibilidades reales de solución extraprocesal; o se encuentra ante supuestos de peligro, o violencia directa; o hay niños abandonados, todos ellos tienen derechos a ser protegidos de inmediato, y de trabajar pretensiones y resistencias, dentro de un plano de más igualdad, en los cuales, mantener la carga de la prueba en cabeza del que afirma puede condenar la equidad del resultado final.

5.2 Todo el derecho probatorio es desigual apenas se confronta, pero lo diferente no justifica que se alteren garantías del enjuiciamiento, ni que tolere aplicar razones argumentadas que no estén respaldadas científicamente.

---

[253] Bianchi, ob. cit., p. 105.

Lo afirmado ha de ser confirmado, pero en materia familiar la misión no es dar satisfacciones individuales, aunque las peticiones lo sean. Hay un conglomerado de hechos y personas que están detrás de la víctima que obliga a tomarlos en cuenta y, en definitiva, a extraer de estas nuevas reglas y principios, el derecho esencial a saber qué pasó y con toda la verdad que se pueda verificar.

La carga de la prueba no es un principio que se pueda aplicar en los conflictos de familia, sencillamente porque fue un instituto pensado para los procesos controversiales que buscaron un vencedor en esa lucha desigual. El *onus probandi* sirvió para imponer un deber justificado por la responsabilidad que tiene el que alega y afirma; la regla fue que debían confirmarse los hechos afirmados y los que fueran negados dando otras afirmaciones.

La dificultad probatoria no se tenía en cuenta, sencillamente porque todo estaba pensando para una lucha entre iguales, lo que era un auténtico espejismo. Este modelo de construcción teórica alemana y reproducido en toda la legislación americana que siguió las aguas de la ley de enjuiciamiento civil española de 1855 (ref. 1881), partía del supuesto que, cada una de las partes tendría que probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción.

Criterio rígido como pocos que no contempla otras circunstancias particulares que aconsejen la adopción de una solución distinta a la prevista, para atenuar sus efectos.

5.3 Volvamnos una vez más al interrogante primero: Si el derecho a la verdad permite laborar con el principio de colaboración probatoria, ¿no se establece una desigualdad en la bilateralidad y la contradicción? ¿Qué ocurre si el código procesal dispone la regla de la carga objetiva y subjetiva de la prueba, y el derecho internacional (y aun las normas locales que adhieren a tratados y convenciones, por ejemplo, derechos del niño) establece en contra de ella? ¿Es el control de convencionalidad que genera los estándares de prueba una obligación de aplicación inmediata y ejecución indiscutible?

> La Corte IDH señala repetidamente, que el estándar en materia de prueba es diferente y tiene en cuenta el tipo de denuncia que se formula. Por ejemplo, la tortura es diferente a otros delitos, porque se puede constatar que las víctimas suelen abstenerse, por temor, de denunciar hechos de tortura o malos tratos, sobre todo si se encuentran detenidas en el mismo recinto donde estos ocurrieron. Por ello, no resulta razonable exigir que las víctimas de tortura manifiesten todos los presuntos maltratos que habrían sufrido en cada

> oportunidad que declaran. Lo mismo ocurre en casos de violencia contra la mujer, donde al tomar conocimiento de los actos alegados, es necesario que se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea. La Corte también recordó que en casos de violencia sexual la investigación debe intentar evitar en lo posible la revictimización o reexperimentación de la profunda experiencia traumática a la presunta víctima, y consideró que el peritaje ginecológico y anal debe ser realizado con el consentimiento previo e informado de la presunta víctima, de preferencia, durante las primeras setenta y dos horas a partir del hecho denunciado. También fue señalada como una garantía para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual, que se impusiera una regla especial para la valoración de la prueba, que evite afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas.

Los problemas de objetivos, fuentes, medios, carga y valoración de la prueba, estrechan el marco de referencia cuando se lo observa desde el derecho probatorio. Si, por ejemplo, el estándar que se aplica en el sistema interamericano para la investigación preparatoria debiera utilizar la presunción de inocencia como garantía propia del proceso penal, y no fuera descubierto el cuerpo del delito, no sería posible condenar las violaciones por hechos tan trascendentes como la desaparición forzada de personas. Por eso es que se afirma que el modelo no es un proceso teórico, sino un procedimiento *sui generis* con estándares especiales.

Es una confrontación que no quiere señalar incertidumbres sobre el valor del estándar como regla para el derecho interno, pues la intención es demostrar que, en el derecho a la verdad, los objetivos no son los que quieran las partes, sino los que mejor tutele y proteja a la familia. Claro está así que, quien sea deberá ser condenado, si correspondiese, siempre tras la celebración de un juicio público, en el que se practiquen con todas las garantías las pruebas de cargo, y se determine sin riesgos de duda o incertidumbre, que los hechos ocurrieron como la demanda los expone.

Similar encuadre puede tener un eventual caso de violencia familiar sin denuncia donde los progenitores debaten sobre la responsabilidad parental ¿podría el equipo multidisciplinario no referir este hecho por estar fuera de la materia a probar?

5.4 Estas son las variables de los principios tradicionales que, usando el mismo calificativo (dispositivo, oficiosidad, etc.) trabajan de manera diferente, y bajo el principio general de proteger a la familia.

En consecuencia, los cambios que se pueden encontrar en la actividad probatoria provienen de los objetivos que se buscan como un ideal estandarizado: el derecho a la verdad. Para no sumar argumentos remitimos a las conclusiones de dicho capítulo.

En este corresponde resolver si el deber de investigar es un estándar impuesto como regla para el juicio familiar y, en este aspecto, creemos que se deben hacer precisiones.

La orientación general que se establece no significa ni debe llevar a confundir los principios con las reglas comunes del proceso contradictorio. En el plano de las ideas, la pretensión es bosquejar una plataforma común de ambiciones, en las que básicamente, se potencia el sentido de los deberes antes que los derechos.

En otros términos, no se desconoce el valor que tiene para el derecho de defensa en juicio, ampararse en la cómoda posición de obligar a la prueba a una sola de las partes. Pero afirmar esto como consigna, supone tanto como ratificar que la carga probatoria es también un límite para encontrar la verdad, y que al proceso no le interesa descubrirla.

Además, como la actividad probatoria exige resultados, dejar que el esfuerzo sea llevado por uno solo, no es equilibrar la balanza porque ésta tiene con el *onus probandi* un contrapeso considerable. En consecuencia, el conocimiento judicial tiene que trabajar sobre hechos afirmados que sean veraces; con ellos se podrá llegar a la certidumbre necesaria para resolver el conflicto, más allá de toda duda razonable.

CAPÍTULO XV

EL PLAZO RAZONABLE

1. Nociones generales

1.1 Establecer en el proceso de familia la garantías al "plazo razonable" supone consagrar una exigencia destinada a trascender el simple espacio del cómputo del tiempo que insume un litigio judicial. El Estado tiene la obligación de suministrar recursos humanos y económicos para que pueda cumplirse adecuadamente la finalidad tuitiva y protectora del derecho de familia; los jueces velarán por el avance de los procedimientos, y las partes estarán obligadas a debatir con lealtad y buena fe.

El potencial en el verbo se aplica porque aun no está consolidado el plazo razonable como una parte vital y necesaria; quizás porque se mantiene alguna incertidumbre para el concepto que, como tal, encuentra lecturas contradictorias.

En verdad esto es propio cada vez que se realizan tares de interpretación. Las opiniones tienen sentidos y objetivos, como sensaciones e influencias que afectan los criterios a seguir. Por ejemplo, para un sector de la ciencia procesal el proceso no tiene necesidad de tiempos porque la satisfacción de los litigantes no proviene de la rapidez que tenga el sistema donde ventilar las controversias. En consecuencia, son las partes quienes disponen de los tiempos del proceso, porque solo a ellas les interesa la oportunidad para que el Juez resuelva con carácter definitivo.

En cambio, otros han instalado el derecho a la celeridad del proceso jurisdiccional entre los terrenos abonados por la evolución de los derechos humanos, y en esa categoría, se convierte en un derecho fundamental que supone dos obligaciones inmediatas: *a)* reconocer el carácter de garantía procesal interna para asegurar un proceso rápido, eficaz y expedito, y *b)* admitir que se tiene un compromiso internacional al haber incorporado los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos que, expresamente, contienen este derecho fundamental.

1.2 En esta línea, el voto razonado de Sergio García Ramírez en el caso "*de las Masacres de Ituango*" (29 de Junio de 2006), es claro al admitir que el plazo razonable

es un concepto indispensable y arraigado en las condiciones del debido proceso. Es cierto que no es una fórmula matemática universal y constante que se confronta con las condiciones de tiempo en las que se encuentra el inculpado sujeto a proceso.

> En estos casos –dice el ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Huimanos. […] "valoramos la racionalidad del tiempo transcurrido entre el principio y el final del procedimiento del que derivan restricciones a derechos o que desembocará, en el otro extremo, en goce y ejercicio efectivos de éstos. En esta circunstancia adoptamos, para guiar nuestra apreciación -puesto que no existen, ni podrían existir, ya lo dije, reglas cuantitativas únicas, aplicables a todos los supuestos-, determinados elementos tomados de la experiencia judicial, a los que se ha referido la jurisprudencia europea: complejidad del caso, conducta de las partes, comportamiento de las autoridades, puntos, todos ellos, sujetos a consideración casuística en función de su razonabilidad y pertinencia. Estos criterios se ven naturalmente influidos por las circunstancias en las que cada caso se desenvuelve […]. He sugerido agregar un dato a la estimación acerca del plazo razonable: la mayor o menor <afectación actual que el procedimiento implica para los derechos y deberes -es decir, la situación jurídica- del individuo>, como manifesté en mi *Voto razonado* sobre el *Caso López Alvarez vs. Honduras,* con sentencia del 1 de febrero del 2006. Estimo procedente asociar este elemento a los otros que generalmente consideramos. En la materia que ahora interesa, es preciso estimar la razonabilidad de un plazo también -pero no exclusivamente- desde la perspectiva del gravamen -desde leve hasta insoportable- que el paso del tiempo impone al sujeto que aguarda la solución al conflicto que le atañe".
>
> "En fin de cuentas, la razonabilidad del plazo para proveer justicia debe analizarse con referencia al fin que se procura alcanzar y a la mejor manera de obtenerlo, considerando los diversos extremos que implica la administración de justicia en todos los aspectos que debe abarcar a fin de alcanzar la plenitud posible y deseable: declaración, previo esclarecimiento de los hechos; disposición de reparaciones adecuadas en función de las violaciones cometidas y cumplimiento de las decisiones adoptadas, a este fin, por los órganos competentes".

Obviamente, este emplazamiento conduce a evidenciar responsabilidades por la demora inusual, de manera tal que el derecho a evitar un proceso con dilaciones indebidas, supone también encontrar responsables que indemnicen al perjudicado por la rémora judicial[254].

---

[254] Sostiene Cançado Trindade que, toda la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos ha desarrollado, de forma convergente, a lo largo de las últimas décadas, una interpretación dinámica o evolutiva de los tratados de protección de los derechos del ser humano. Esto no hubiera sido posible si la ciencia jurídica contemporánea no se hubiera liberado de las amarras del positivismo jurídico. Este último, en su hermetismo, se mostraba indiferente a otras áreas del conocimiento humano, y, de cierto

1.3 Ahora bien, si el plazo razonable se instala como auténtica garantía, y proyecta desde allí deberes y obligaciones con derechos de reparación cuando la demora sucede, será necesario confrontar de qué manera se ocupan las instituciones del proceso de familia en la reglamentación del tiempo en el proceso.

En este aspecto rige el *principio de economía*, pensando deberes, cargas y obligaciones de las partes a cumplir bajo ciertas formalidades (principio de legalidad instrumental), y en plazos y términos poco flexibles (generalmente, perentorios y fatales) que urgen las actuaciones procesales en períodos que raras veces se consiguen.

Vale decir, que el desatino entre la norma y la realidad es evidente, al punto de convertir en letra muerta buena parte de las disposiciones adjetivas vinculadas. Por eso, la moderna orientación doctrinaria apunta que, un plazo procesal, independientemente del número de unidades temporales que reúna, debe ser flexible, objetivo y razonable, y, además, responder a un criterio uniforme de asignación; de tal manera que cuando se susciten controversias respecto de la duración adecuada de una concreta actuación procesal, el Juez pueda recurrir a una regla general que permita superar formalismos innecesarios.

> Por ello -dice Riba Trepat- si decimos que un proceso constituye una sucesión de actos a través de los que se verifica la interacción entre la acción y la jurisdicción; la duración de un juicio no es otra cosa que la duración del conjunto de sus actuaciones, y, en

---

modo, también al tiempo existencial, de los seres humanos: para el positivismo jurídico, aprisionado en sus propios formalismos e indiferente a la búsqueda de la realización del Derecho, el tiempo se reducía a un factor externo (los plazos, con sus consecuencias jurídicas) en el marco del cual había que aplicarse la ley, el derecho positivo (Voto concurrente en la Opinión Consultiva 16/99 del 1 de octubre de 1999 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

La corriente positivista-voluntarista, con su obsesión con la autonomía de la voluntad de los Estados, al buscar cristalizar las normas de ésta emanadas en un determinado momento histórico, llegó al extremo de concebir el derecho (Positivo) independientemente del tiempo: de ahí su manifiesta incapacidad de acompañar los constantes cambios de las estructuras sociales (en los planos tanto interno como internacional), por no haber previsto los nuevos supuestos de hecho, no pudiendo, por lo tanto, dar respuesta a ellos; de ahí su incapacidad de explicar la formación histórica de las reglas consuetudinarias del derecho internacional. La propia emergencia y consolidación del *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se debe a la reacción de la conciencia jurídica universal ante los recurrentes abusos cometidos contra los seres humanos, frecuentemente convalidados por la ley positiva: con esto, el Derecho vino al encuentro del ser humano, destinatario último de sus normas de protección.

En el plano del derecho procesal el mismo fenómeno ocurre con la evolución en el tiempo del propio concepto de debido proceso legal. El aporte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es aquí innegable, como lo revela la rica jurisprudencia de la Corte y Comisión Europea de Derechos Humanos bajo el artículo 6.(1) de la Convención Europea de Derechos Humanos.

consecuencia, la razonabilidad temporal del proceso se construye también mediante el establecimiento de plazos razonables[255].

1.4 Descartando la primera doctrina que se desentiende del tiempo en el proceso, las corrientes que advierten la condición de resolver con certeza y rapidez, no compatibilizan las formas y procedimientos para lograrlo, quizás porque, en definitiva, el tiempo necesario no coincide con el tiempo justo, y aun logrando celeridad y hasta urgencia, la justicia del caso puede quedar postergada.

En suma, un proceso desenvuelto en los límites de un período razonable depende de numerosas contingencias, donde anidan múltiples proyecciones que impiden definir un tiempo para todos como si esta fuera la mejor solución. Por eso, es preferible aplicar en la idea una variable íntimamente relacionada, como son las *dilaciones indebidas*, de modo tal que el proceso pueda evitarlas para llegar con cierto éxito a dicha necesidad de eficacia temporal.

2. Los tiempos del proceso

2.1 El tiempo y el proceso pueden abordarse desde dos vertientes. La primera, parte desde los principios procesales que organizan el desarrollo del procedimiento. El siguiente, enmarca la cuestión en la perspectiva de la realidad, es decir, midiendo en términos de lentitud o celeridad la eficacia que del servicio judicial se transmite.

La unión de ambos frentes se da con los sujetos del proceso, que en materia penal asume una connotación diferente por el derecho a la libertad y el derecho a la verdad y justicia que la víctima reclama. El proceso civil patrimonial cree en la disponibilidad de las partes para seguir en la relacipn jurídica procesal comoi si fuera el proceso un contrato o un ciasi contrato, donde la negociación tiene primacía; los procesos sociales trabajan con la urgencia implícita, donde es diferente el tiempo para resolver el valor indemnizatoria de la reparación por un accidente laboral, respecto a otro donde se debe satisfacer rápidamente el despido mal dispuesto (arbitrario).

---

[255] Riba Trepat, Cristina, *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*. Bosch, Barcelona, 1997, ps. 256 y ss.

En lo familiar, lo específico es dar respuestas oportunas, que van de la mano con la naturaleza del conflicto. Por eso, suele haber tiempos máximos para resolver una adopción; urgencias propias en casos de abandono de niños o violencia familiar, y en general, todo tiene tiempos más demandantes que los que necesita la justicia dirimente.

2.2 Lo cierto es que las reglas del procedimiento le imponen a todos los sujetos un mecanismo de actuación que, comparadas con el tiempo aplicado para alcanzar conclusiones necesarias para dictar la sentencia, pueden ser auténticas frustraciones de la garantía que se quiere implementar.

Si, por ejemplo, una variable para reconocer cuando hay violación del plazo razonable, se mide con la satisfacción oportuna de los legítimos intereses, será evidente la confrontación entre uno y otro sujeto. La tensión entre libertad y seguridad aparece de inmediato, y en este orden el diseño de los procedimientos tiene mucho que ver.

> En el recordado caso de las "*Masacres de Ituango*", el maestro García Ramírez advirtió este problema y sostuvo que […] "es preciso acotar los extremos dentro de los que corre un plazo, es decir, el tiempo para la solución de asunto sometido a determinadas autoridades: el momento en que comienza y el instante en que concluye, aunque estas definiciones se hagan en términos aproximados y sin perder jamás de vista las circunstancias de cada caso, que dominan las soluciones correspondientes. En este orden reviste gran importancia el régimen procesal prevaleciente, que no es un dato neutro, sino un fenómeno presionante o condicionante".
>
> "Bajo algunos regímenes de enjuiciamiento, las investigaciones se sustraen a la autoridad judicial y pueden prolongarse apreciablemente mientras el indagador satisface los requerimientos legales para someter el punto al órgano jurisdiccional. En otros, la investigación y el enjuiciamiento corren por diversas etapas, cada una de las cuales posee rasgos e implicaciones característicos, y quedan en manos de distintas autoridades. También puede ocurrir que sea el propio juzgador quien lleve adelante la investigación, a reserva de remitir sus resultados al Ministerio Público o a un juez de diversa competencia para la prosecución, en su caso, del juzgamiento. Todo esto incide en los tiempos de sujeción del individuo a la autoridad que conoce -*lato sensu*- su caso, y por lo tanto en los tiempos de definición de derechos y deberes, que es lo que en definitiva interesa y afecta al individuo, más allá de los tecnicismos procesales".

Veamos entonces, esta primera etapa del estudio, para observar de qué manera ha propiciado el derecho procesal de familia resolver la continuidad del trámite y la rapidez dispuesta, sin que el principio lleve a creer que la sentencia supone la línea de llegada

para un conflicto donde lo importante es llegar antes que otro. En realidad la pretensión es que la última decisión se obtenga en un tiempo acorde con la mutua satisfacción de los intereses contrapuestos.

2.3 Antes se creyó que la rapidez del proceso se fundamentaba en el principio de *economía procesal*[256], cuando en realidad, hay una nueva fuerza que empuja a tener al plazo razonable como uno de los baluartes del debido proceso.

Celeridad y concentración se integran para dar unidad e inteligencia al principio; pero también ambos reciben la influencia de otros presupuestos o reglas notables que inciden para la buena marcha del litigio, relacionándose entonces, el principio de eventualidad, de saneamiento y otros que se anexan en etapas específicas del trámite (v.gr.: adquisición, preclusión, entre otros), tal como se explicó en capítulos precedentes.

Algunos autores consideran que no es correcto tomar del principio de economía procesal el objetivo de la rapidez, porque ello depende de otro principio que es el de celeridad; de todos modos, si el fin es lograr un proceso ágil, rápido y efectivo, en el menor tiempo, habrá que poner el acento en las características que se persiguen conseguir, sean éstas acentuadas en la conducta que de las partes se espera, o en la simplificación de la estructura del procedimiento.

---

[256] Suele decirse -dice Cipriani- que el gran mérito de Klein fue aquel de individualizar el aspecto sociológico–económico del instituto del proceso (...). La disciplina del proceso austríaco fue la primera entre aquellas relativas a los ordenamientos procesales modernos en basarse efectivamente en el hecho de que el proceso es un fenómeno social de masas y que debe ser reglamentado como un instituto de bienestar. Queriendo examinar de cerca el pensamiento y el proceso de Klein debe decirse que éstos están basados en dos grandes postulados que refleja el pensamiento de Sprung: *a)* las controversias entre los particulares son "males sociales" (*soziale Übel*) relacionados con pérdida de tiempo, dispendio de dinero, indisponibilidad infructuosa de bienes patrimoniales, fomento del odio y de ira entre las partes litigantes y de otras pasiones fatales para la convivencia de la sociedad; *b)* el proceso, en la medida en que bloquea los bienes en espera de la decisión, incide en la economía nacional, en cuanto que toda causa altera la pacífica colaboración, rompe ordenados nexos económicos, bloquea valores y los distrae de la ordinaria circulación. La sociedad tiene, de todos modos, un gran interés en sanar lo más rápidamente posible tales heridas sobre su propio cuerpo. De estos postulados el gran procesalista y guardasellos austríaco extraía con toda coherencia algunos corolarios: el interés del legislador a que aquellos "males sociales" que son los procesos tengan una definición rápida, poco costosa y simple, posiblemente en una única audiencia; la necesidad de que el legislador no admita que el poder de conducir el proceso sea dejado en las manos de las partes privadas; y la exigencia, en fin, de que el proceso sea oral y que el Estado, a través del juez, asuma desde el principio la responsabilidad del funcionamiento del proceso y que vele por una individualización rápida de la verdad, exenta de complicaciones. Compendiando el pensamiento de Klein, dice Baur (*Potere giudiziale e formalismo del diritto processuale,* en *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile* 1965, pág. 1689): «el proceso será racional y conforme al concepto moderno de Estado sólo si la defensa del derecho consistirá efectivamente en la concesión de la asistencia del Estado, no sólo con la sentencia, sino desde la primera fase del proceso» (Cipriani, ob. cit., ps. 66 y ss.).

Por tanto, la economía de esfuerzos (primer aspecto del principio) acierta para definir algunas condiciones, mientras que la celeridad será una consecuencia del empeño propuesto para dar eficacia al proceso. A su vez, esa celeridad se apoya en otras pautas previstas para diseñar un trámite determinado, sin perjuicio de las que se dirigen a quienes litigan ante la jurisdicción.

2.4 Con otra visión, se señala que la función social del proceso consiste en la satisfacción de pretensiones, desplazando el *prius* de la resolución justa de los conflictos intersubjetivos.

De este modo, la actividad jurisdiccional se establece como una obligación de hacer constante, que evite los tiempos muertos del proceso, y con el fin de lograr la máxima cobertura asistencial en el menor tiempo posible. Esta imagen acotada se instala en los intereses a tutelar y en la persona que reclama la intervención del Estado a través del proceso jurisdiccional.

No obstante, el proceso como garantía constituida en las normas fundacionales de la organización jurídica, no puede transportar al justiciable las penurias del sistema político económico ante una situación financiera angustiosa; porque al Estado le corresponde ofrecer una vía rápida y expedita para concretar la tutela judicial sin que la misma se coarte o convierta en una utopía por cuestiones de diversa restricción.

Es decir, ni el acceso a la justicia ni el desarrollo de los procedimientos puede tener vinculación con la economía, porque el proceso es una garantía para el hombre; a él se debe la formación lógica de esta vía de pacificación que reconoce en los jueces una especie de representantes sociales que tienen el poder-deber de resolver los conflictos por la delegación obtenida a través de la confianza en ellos depositada cuando la sociedad se organizó para vivir en comunión.

En nuestro concepto, desligados de afanes economicistas que ven al proceso como un medio de inversión a riesgo donde las ventajas que otorga la presunción de obrar a derecho puede generar un cierto índice de seguridad que se desvirtúa por el costo adicional no previsto (honorarios regulados, honorarios de peritos, tasas posteriores del trámite, etc.), creemos que el tema merece abordarse desde otra perspectiva.

La situación se puede observar como un problema de pérdida constante de interés (espiritual y económico) para solucionar la controversia, cuanto mayor sea el tiempo que

insuma el trámite para llegar a la sentencia. Es evidente que el costo que tiene el actor difiere del que asume el demandado, como también lo es que ambos pierden, cuanto más distante se vea el horizonte de la solución definitiva.

> Por ello, ninguna regla puede resolver el problema de la celeridad sino se adecua a la realidad que lo trasciende, para comprender que cuanto más presupuestos se pongan para la rapidez procesal más lentas serán las respuestas del sistema, porque como ha dicho el Comité de Ministros del Consejo de Europa: *para preservar las garantías de todos los justiciables, contenidas en las reglas tradicionales del procedimiento, y la cualidad de la justicia exigida en una sociedad democrática, convendría que el procedimiento civil fuera más simple, más flexible y más breve [...]*[257].

Este es un mensaje implícito para medir la garantía del plazo razonable. La defensa en juicio, así como incluye el derecho a obtener un pronunciamiento rápido dentro de un plazo razonable, pues la dilación injustificada de la solución de los litigios implica que los derechos puedan quedar indefinidamente sin su debida aplicación con grave e irreparable perjuicio de quienes lo invocan, exige que frente a medida de lo posible, las consecuencias que puede generar la razonable espera de una decisión definitiva una intensa verosimilitud en el derecho y un claro peligro en la demora, se consagre dicha garantía constitucional adoptándose las decisiones jurisdiccionales previas y provisionales que atemperen o impidan, en la medida de lo posible, las consecuencias que puede generar la razonable espera de una decisión definitiva.

3. Los plazos y términos

3.1 Los plazos procesales se estudian desde ópticas distintas, permitiendo alcanzar conclusiones igualmente diferentes conforme el ángulo de observación analizado.

---

[257] En el plano del derecho internacional -donde se pasó a estudiar los distintos aspectos del derecho intertemporal- del mismo modo, se tornó evidente la relación entre el contenido y la eficacia de sus normas y las transformaciones sociales ocasionadas en los nuevos tiempos. Un *locus classicus* al respecto reside en un célebre *obiter dictum* de la Corte Internacional de Justicia, en su Opinión Consultiva sobre Namibia de 1971, en que afirmó que el sistema de los mandatos (territorios bajo mandato), y en particular los conceptos incorporados en el artículo 22 del Pacto de la Sociedad de Naciones, "no eran estáticos sino por definición evolutivos". Y acrecentó que su interpretación de la materia no podría dejar de tomar en cuenta las transformaciones ocurridas a lo largo de los cincuenta años siguientes, y la considerable evolución del *corpus juris gentium* en el tiempo: "un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del sistema jurídico vigente en el momento de la interpretación" (Voto concurrente del Dr. Cançado Trindade, en Opinión Consultiva 16/99 del 1 de octubre de 1999).

Una de estas variables consiste en dividir los plazos en *propios* e *impropios.* Los primeros, se dirigen al interesado que plantea pretensiones ante la jurisdicción, a quien se lo somete a exigencias de tiempo, espacio y forma que se amparan bajo el principio de legalidad instrumental.

Los llamados plazos *impropios* son aquéllos destinados al órgano judicial que interviene resolviendo la controversia. Estos tiempos no tienen control de las partes, ni determinan consecuencias graves (como sí ocurre con los plazos propios) porque la mayor sanción que reciben son disciplinarias o económicas.

De este modo, los períodos que transita la actuación judicial se convierten en una herramienta propia del doble discurso que tiene el principio de celeridad procesal. Mientras al abogado se lo sanciona con la pérdida del derecho o la caducidad de la instancia, al juez simplemente se lo amonesta.

> Explica Ramos Méndez que es útil distinguir entre los plazos *impropios*, que por regla organizan la actividad jurisdiccional (plazos para notificaciones, señalamientos, dictar las resoluciones, etc.), de los plazos *propios*, que regulan la actividad de las partes en el proceso. La inobservancia de los primeros genera tan solo responsabilidad disciplinaria: Dicho evento será corregido disciplinariamente según la gravedad del caso, sin perjuicio del derecho de la parte agraviada para reclamar la indemnización de perjuicios y demás responsabilidades que procedan[258].

3.2 La ambivalencia se refleja en los efectos que tiene el incumplimiento de los tiempos legalmente previstos. Para las partes los plazos son perentorios y fatales, mientras que los términos precluyen sin posibilidad de repetición; en cambio, el órgano jurisdiccional solamente recibe sanciones disciplinarias que se eluden o derivan hacia el Secretario u otros funcionarios o empleados, siendo el juez únicamente una custodia formal.

Esta advertencia no es posible para el proceso de familia. Aquí no se habla del funcionario que interviene sino del órgano jurisdiccional en conjunto. Es el juez, pero también lo es el equipo multidisciplinario. Todos reciben el deber de actuar oportuna y rápidamente.

---

[258] Ramos Méndez, Francisco, *El Sistema Procesal Español,* editorial Bosch, Barcelona, 200, p. 283.

Por este motivo es que el impulso del proceso le corresponde a cada uno, y el director que fiscaliza su cumplimiento es el juez, usando el principio de oficiosidad.

En síntesis: plazos y términos constituyen una estructura anquilosada que no respeta las nuevas consignas fundamentales del derecho a contar un proceso rápido y expedito, ni tiene presente el mensaje de tratados y convenciones sobre Derechos Humanos que reclaman un proceso breve, sencillo y eficaz[259].

4. Los Tratados y Convenciones Internacionales

4.1 El establecimiento del derecho a ser oído dentro de un plazo razonable, es decir, a no postergar *sine die* la garantía de acceder a los tribunales; y a resolver las diferencias dentro de un tiempo útil y efectivo, vale decir, conservando el interés en llegar a una sentencia justa dirimente del conflicto, aparece consagrado en distintos tratados y convenciones internacionales.

a) La **Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre** establece que *toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente (art. XVIII-Derecho de Justicia).*

b) La **Declaración Universal de Derechos Humanos**, por su parte, contiene varias disposiciones. Entre ellas se dice que *toda persona tiene derecho a un recurso efectivo (art. 8);* el **Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos** aprobado en nuestro país por la ley 23.313, establece que *el país se compromete a garantizar a toda persona, cuyos derechos o libertades reconocidos por el Pacto, se hubieran violado, un recurso efectivo, que podrá presentar ante las autoridad competente en condiciones tales que no se pueda frustrar el derecho que se protege (art. 2. apartado 3, incisos a, b y c).*

Asimismo, contiene el derecho *a ser juzgado sin dilaciones indebidas.*

---

[259] Magníficamente resume Riba Trepat que, el plazo, por sí mismo, no presenta elementos suficientes como para sustentar una clasificación más allá de consideraciones superficiales, pues lo verdaderamente significativo es la respuesta del ordenamiento jurídico ante la verificación de una actuación procesal que carece de regularidad temporal. Otra cosa es que, por ser los actos de parte predominantemente potestativos, sea la ineficacia la consecuencia propia de la inobservancia de los plazos que les afectan, de modo que la responsabilidad subjetiva recae fundamentalmente sobre el órgano jurisdiccional, que es quien tiene que cumplir con la obligación de resolver, y de hacerlo en el tiempo que marca la ley (ob. cit., p. 258).

c) *La* **Convención Americana sobre Derechos Humanos** (*Pacto de San José de Costa Rica),* con el mismo sentido y preocupación dispone en el art. 8º (garantías judiciales) que: *1)Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad a la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulado contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter...*

Además queda establecido el parámetro del recurso sencillo y rápido como mecanismo procesal prometido como amparo contra los actos que violen cualquiera de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o en la Convención (art. 25).

d) La función de garantía que el proceso adopta, se expresa también en la **Convención sobre los derechos del niño,** cuyo art. 40 reproduce en parte las condiciones mínimas establecidas, agregando importantes instituciones como el abogado del niño (art. 37).

4.2 Vinculando normas con derecho judicial no pueden descartarse las opiniones consultivas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pues ellas han dejado bien establecido que la garantía del recurso sencillo y eficaz que todo Estado debe tener para la protección efectiva de los derechos fundamentales, no basta con encontrarlo prescrito en una ley formal o en la misma Constitución, sino que sea auténticamente posible.

En pocas palabras, si los tratados y convenciones internacionales son complementarios de las garantías y derechos reconocidos en la Norma Fundamental de un Estado, queda demostrado que todas las garantías enumeradas deben formar parte de los mínimos requeridos para el debido proceso legal.

4.3 Los tratados y convenciones sobre Derechos Humanos, sumado a la interpretación jurisdiccional que de ellos realizan los tribunales supranacionales, además de la influencia que ejercen los organismos internacionales y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, todos en conjunto, concitan un llamado a modificar la tradición conceptual del derecho de defensa, para aumentar la garantía hacia un calificación más amplia del *debido proceso de familia.*

Conseguido, el derecho a tener cumplido el proceso en un plazo razonable se convierte en una garantía concreta, y en derecho exigible sujeto a reparaciones cuando se viola el precepto.

Este proceso no ha de ser un simple procedimiento tomado de los ordenamientos procesales, es preciso reformular el método y la ideología, con el fin de propiciar la eficacia del servicio jurisdiccional a través de un proceso sin restricciones (legitimación amplia, prueba conducente y efectiva, sentencia útil y motivada); y de lograr que el enjuiciamiento llegue en su tiempo, que no es otro que el de los intereses que las partes persiguen cuando ponen el conflicto en conocimiento de los tribunales. De alguna manera es una reconversión del derecho subjetivo, que conservando la noción de tutela perseguida, exige de ahora en más, que la protección (la sentencia) llegue oportunamente; es decir, cuando se necesita seguridad y certidumbre, sin haber perdido en el recorrido el interés de los justiciables.

Se propicia trabajar los conceptos en armonía, porque de no hacerlo, cualquier infracción al tiempo sería una manifestación supuestamente irrazonable, lo que no es cierto, porque tal derivación supone propiciar una condena al órgano judicial y/o al Estado, ante la simple infracción formal.

Además, la estructura de los procedimientos y la materia con la que se trabaja, no se pueden eludir, en la medida que es muy distinta la prioridad que merece una controversia privada respecto de una crisis constitucional, o un conflicto familiar.

4.4 A pesar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no ha aclarado el alcance de la expresión "plazo razonable" existen muchísimos antecedentes en la jurisprudencia de órganos internacionales de acuerdo con los cuales se ha considerado, a la luz de las circunstancias particulares de cada caso, los siguientes criterios*: a)* la complejidad del litigio*; b)* la conducta de los demandantes y de las autoridades judiciales y, *c)* la forma como se ha tramitado la etapa de instrucción del proceso.

El punto inicial establece como criterio general, la generación de un derecho subjetivo a tener sentencia en un plazo razonable; y para ello, todo proceso debe quedar librado de dilaciones indebidas.

De esto se desprenden dos conceptos importantes: *primero*, que no es posible establecer un criterio *in abstracto* de este plazo, sino que éste se fijará en cada caso una vez vistas y valoradas las circunstancias procesales correspondientes. Por tanto, no hay plazos establecidos en la medida que cada caso tiene independencia en las circunstancias.

En *segundo* término, la protección judicial que se reconoce, comprende el derecho a procedimientos justos, imparciales y rápidos, que brinden la posibilidad, pero nunca la garantía de un resultado favorable. En sí mismo, un resultado negativo emanado de un juicio justo no constituye una violación de la Convención.

5. Tutela judicial efectiva

5.1 La obligación fundamental de actuar en tiempo y oportunamente, se acentúa en los procesos de familia, donde está incorporado otro principio trascendente que lo integra: *tutela judicial efectiva*.

El resultado de un proceso, sea para otorgar una satisfacción jurídica a las partes, o para cumplimentar el deber jurisdiccional de resolver los conflictos intersubjetivos, debe ser pronunciado en un lapso de tiempo compatible con la naturaleza del objeto litigioso y de las circunstancias que rodean al caso; en caso contrario, la tutela judicial sería ilusoria, haciendo cierto el aforismo que dice "*injusta la sentencia que juzga cuando ya no debe juzgar*".

5.2 En realidad, la conexión trata de establecer un plazo razonable, adecuado a las circunstancias de cada conflicto, pero siempre asociado al principio de economía procesal y de eficacia de la institución. Debe quedar en claro que la rapidez no supone establecer una finitud perentoria, vencida la cual el proceso quedaría anulado. Solamente es un marco referencial que significa distribuir en cada etapa del procedimiento la mayor parte de actos de impulso y desarrollo, de modo tal que se permita, en el menor número de ellos, alcanzar el estado de resolver sin agregar trámites.

La rapidez prevista como destino tiene en cuenta las características del objeto a resolver; la presencia de partes múltiples; las dificultades de encontrar el juez competente o la jurisdicción territorial que deba intervenir; la complejidad del asunto; entre muchas otras variables que obligan a dar pautas, antes que condiciones de tiempo preciso.

No es posible establecer una regla temporal como se ha establecido en el proceso penal con el criterio de orientación del plazo de dos años sin resolver la situación procesal del individuo detenido. Ello así, porque la razonabilidad de un plazo se debe compulsar en su contexto específico, sin más limitación que el sentido común[260].

5.3 La obligación de celeridad se asume como un deber de la jurisdicción y como una potestad del justiciable, por tanto, asume esa doble configuración de compromiso judicial por la rapidez y de derecho esencial del hombre.

De esta síntesis se desprende que el "plazo razonable" que se menciona en los documentos transnacionales incorporados a la legislación interna, puede ser considerado como un derecho humano o como una obligación internacional, pero aquello que lo caracteriza es precisamente que se trata de una *garantía procesal* y, por consiguiente, que genera una expectativa individual ante la actuación de los poderes públicos, así como los mecanismos para hacerla efectiva.

Sancionar la demora inusitada no resuelve el problema. Se comprueba con la ineficacia del articulado procesal en los institutos de la pérdida de jurisdicción y la sanción por mal desempeño, donde no existe, prácticamente, jurisprudencia señera.

Sin embargo, la violación al plazo razonable que debe tener el proceso judicial, origina un deber de resarcimiento hacia la parte perjudicada por la rémora jurisdiccional[261].

---

[260] La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sigue al Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando expresa que, hasta que recaiga sentencia condenatoria, el acusado debe ser considerado inocente y la finalidad del precepto que otorga derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es, fundamentalmente, que se conceda la libertad provisional desde que la continuación de la detención deja de ser razonable. Por ello, esta razonabilidad de la medida, o de un plazo, debe apreciarse en su circunstancia, toda vez que no existen criterios generales de validez universal.

Según Albanese, la interpretación de la Comisión se refiere al alcance del art. 7 de la Convención Americana y la afirmación del derecho a la libertad. El principio de legalidad que establece la necesidad de que el Estado proceda al enjuiciamiento penal de todos los delitos, no justifica que se dedique un período de tiempo ilimitado a la resolución de un asunto de índole criminal. De otro modo, se asumiría de manera implícita que el Estado siempre enjuicia a los culpables y que, por lo tanto, es irrelevante el tiempo que se utilice para probar la culpabilidad (Albanese, Susana, *Garantías Judiciales,* Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 145).

[261] Pico I Junoy dice que debe diferenciarse la tutela judicial efectiva que promete el art. 24.1 de la Constitución española, respecto del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, aunque entre ellas existe una relación instrumental innegable. Así el Tribunal Constitucional ha destacado que la carta fundamental (de España) no sólo ha integrado el tiempo como exigencia objetiva de la justicia, sino que además, ha reconocido como garantía individual el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, autónomo respecto al derecho a la tutela judicial efectiva, aunque ello no significa negar la

5.4 La *sencillez* y la *eficacia* completan el cuadro del modelo a instrumentar para un proceso que se adapta a la rapidez exigida al comienzo. El modelo a desarrollar podrá ser oral o escrito, pero tiene que resultar entendido por quien debe acudir al proceso. La simplicidad de las formas y la comprensión del método empleado para el debate es el problema acuciante en la actualidad, por el cual se observa en los trámites y procedimientos más ficciones que realidades.

Procedimiento sencillo también puede ser aquél que resume las actuaciones procesales en etapas bien delimitadas en sus posibilidades de tiempo y actuación efectiva. Sin embargo, conspira contra la sencillez el fatalismo de las formas que han acostumbrado al litigante a obrar de una determinada manera, sin analizar cuanto tiene el acto de necesario y fundamentado.

Finalmente la *eficacia* es un concepto pragmático. Se mide con resultados. Con esta vara el plazo razonable sería aquél con el que las partes se muestren conformes, pero es obvio que tal criterio es dubitativo y perverso. La eficacia que referimos se debe valorar desde una perspectiva constitucional. No hay un proceso debido por sí mismo. La garantía se le debe a la sociedad y a cada individuo en particular, por eso, el proceso existe con anterioridad al conflicto, y puesto en marcha, "mide" su eficacia en relación con los derechos que viene a tutelar.

---

conexión entre ambos derechos (sentencia del 1º de diciembre de 1994) (Pico I Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso,* Bosch, Barcelona, 1997, ps. 118 y ss.)

CAPÍTULO XVI

LA ESPECIALIZACIÓN DE JUECES Y ABOGADOS

1. La formación profesional

1.1 La especialización del derecho de familia se patentiza a lo largo de todo este desarrollo. Los principios procesales se ocupan de poner en claro cuál es el rol que ofician jueces y abogados que trabajan en el fuero o con la materia, renovando sustancialmente lo aprendido en la universidad.

Apenas es reciente la formación de posgrado, y mucho más cercano es el desarrollo de especializaciones y maestrías. Los reclamos por una jurisdicción especializada son constantes, así como lo proponen tratados y convenciones vinculadas con el derecho de familia

> Por ejemplo, el art. 706 del Código Civil y Comercial de Argentina establece como principios generales de los procesos de familia los siguientes:
>
> El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, inmediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente.
>
> a) Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos.
>
> b) Los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser *especializados* y contar con apoyo multidisciplinario.
>
> c) La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas.

La especialización incluye una capacitación permanente considerando que las familias y las relaciones interpersonales son dinámicas, como también los son los avances científicos que impactan en el derecho familiar (pruebas biológicas, muerte digna, técnicas de reproducción humana, las nuevas formas de vinculación, entre otras).

El magistrado con competencia en materia de familia requiere de vitalidad intelectual para seguir los cambios, acompañarlos con herramientas e información suficientes, y además necesita de habilidades para trabajar en equipo[262].

> En los casos complejos se implica un abordaje sistémico del conflicto; hacia afuera -para las partes- el juez se comporta como director o gestor de un proceso tendiente a que se produzca un cambio y el conflicto se desarticule, y hacia adentro -con el equipo interdisciplinario-, el juez proporciona un objeto común de análisis -el conflict—, con evaluación de las aristas que presenta desde cada disciplina.
> Las incumbencias profesionales son así puestas en juego para presentar una realidad más profunda que la que se plantea solo desde el aspecto jurídico, y en base a esos datos -aportados por la psicología, la psiquiatría, la medicina, el trabajo social, la sociología, la antropología-, resolverá el juez especializado. Deberá tomar en consideración que, como en todo conflicto, las partes afectadas son siempre más de dos y en el derecho de familia es posible que se involucren, directa o tangencialmente, los derechos de las personas vulnerables[263].

Las "100 Reglas de Brasilia" también refieren a la necesidad de adoptar medidas destinadas a la especialización de los profesionales, operadores y servidores del sistema judicial para la atención de las personas en condición de vulnerabilidad y la conveniencia de la atribución de los asuntos a órganos especializados del sistema judicial (Regla 40).

1.2 Es notorio el cambio y el impacto sobre reglas y principios del proceso; todas tienen una profunda influencia en el quehacer profesional. Algunas provienen de la interpretación universal, pero otras residen en conflictos normales de cuestiones procesales, como la competencia, la calidad de parte, el principio de autoridad en el proceso, la conducta de los profesionales, y tantas más que la simple acumulación de experiencia no basta ni es suficiente para mantener al tribunal integrado como se encuentra, sin que sus miembros tengan una capacitación específica.

Observemos, por ejemplo, las reglas tradicionales de asignación o prórroga de competencia con esquemas diseñados sobre el territorio, el orden secuencial, la materia o la calidad aforada, para evidenciar de inmediato que, en materias como derechos del niño

---

[262] Herrera, Marisa – Caramelo, Gustavo – Picasso, Sebastián, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado,* Tomo II, editorial Infojus, Ciudad autónoma de Buenos Aires, 2015 (1ª edición), p. 548.-

[263] Herrera – Caramelo – Picasso, ob cit., p. 548.

aparece el “centro de vida” que modifica el sentido vigente del último domicilio (criterio territorial).

El pensamiento que enrostra esta variable está en la dimensión del acceso a la justicia, y se hace carne en las "100 Reglas de Brasilia" que refieren a las innovaciones que requieren especialización de los profesionales, operadores y servidores del sistema judicial para la atención de las personas en condición de vulnerabilidad y la conveniencia de la atribución de los asuntos a órganos capacitados del sistema judicial (Regla 40).

1.3 La especialidad, en consecuencia, tambièn alcanza al conocimiento y aplicación de reglas como la exclusividad de la competencia en materia de familia y la especialización de los operadores jurídicos. No ofrece duda que tal previsión legal no obedece sino a la necesidad de contemplar en su trámite un abordaje acorde a las particularidades propias de los conflictos familiares y de las personas involucradas en ellos, dada su íntima relación con la afectación y protección de los derechos fundamentales (vida, identidad, convivencia familiar, autonomía personal, vulnerabilidad, entre otros).

> Los juzgados de familia cumplen una función jurisdiccional diferente y se rigen por normas de organización y procedimiento especiales, pues ello hace al respeto de sus caracteres específicos. Se avizora entonces que, por un lado el art. 2336 del Código Civil y Comercial de Argentina no incorpora dentro de las comprendidas en el fuero de atracción del sucesorio a las acciones de filiación, ni a ninguna acción de tipo personal, mientras por otro pone un marcado empeño para que los procesos de familia, dentro de los que se incluyen al de filiación, tramiten ante jueces especializados. Es importante mencionar, también, en concordancia con ello, que en función de la importancia que para la efectivización de los derechos sustanciales tienen los actos concatenados que conducen al pronunciamiento jurisdiccional, el art. 706 del mismo ordenamiento citado, además de hacer referencia a la especialidad como principio, sienta otras pautas importantes o directrices de naturaleza procesal, que orientan al juez con el objetivo de dar cabal cumplimiento a las garantías constitucionales de los involucrados en los litigios de familia. Alude así a la tutela judicial efectiva, a la inmediación, a la buena fe y lealtad procesal, así como también a la oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. Se expone asimismo, que las normas de procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, en especial de los más vulnerables y la resolución pacífica de los conflictos, así como al requerimiento de un juez activo, de procedimientos elásticos, de cargas probatorias distribuidas y dinámicas, de soluciones autocompuestas, de la acentuación de los deberes de colaboración de las partes y de la flexibilización de

> la congruencia. En ese sentido cabe poner también de resalto que la tutela judicial efectiva -directriz reconocida como derecho humano en los arts. 8° y 25 CADH- involucra además de otros derechos, el indelegable deber de los jueces de remover obstáculos que impidan el acceso real e igualitario de los ciudadanos a los tribunales y la eficacia de la tarea jurisdiccional. Por eso se concreta en la garantía de acceso a la justicia y el derecho a una sentencia eficaz y efectiva, dictada en tiempo útil, cuyos resultados sean concretos y satisfagan las expectativas sociales. De esta manera la jurisdicción que se despliega en conflictos que involucran cuestiones de familia se erige en una actividad estatal regida por la tutela judicial diferenciada, como variante de la tutela judicial efectiva[264].

2. La capacitación especializada

2.1 Los problemas derivados de las crisis familiares, tanto de las comunes y tradicionales, como de las que surgen en los nuevos modelos de familia, no pueden ser resueltos por profesionales (jueces y abogados) cuyos conocimientos no estén a la altura de las renovaciones dadas en el derecho familiar.

Excede un problema de responsabilidad profesional, que en su caso, se puede resolver aplicando el derecho a la reparación por mala praxis. El punto es la idoneidad para actuar en el fuero, dando lugar a determinados aspectos que se pueden presentar con ciertas dudas.

Uno de ellos se vincula con la idoneidad adquirida por la trayectoria profesional, donde un juez o tribunal que trabaja en la disciplina lleva largos años de intervención, y demuestra un adecuado índice de eficacia en sus sentencias (es decir, que la estadística de revocación no es significativa). Cuyo paralelo se da con el abogado exitoso que tiene una hoja de vida igualmente satisfactoria. Ambos tienen experiencia, pero no tienen capacitación especializada.

Otro relacionado es saber si esa capacitación es profesional y se sostiene en un programa de créditos que se otorgan tras la celebración de cursos y prácticas (como sucede para ser mediador o conciliador) organizados por las entidades que los agrupa profesionalmente; o es una formación universitaria que planifica la especialización como

---

[264] Sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la provincia argentina de Río Negro, de fecha 13 de noviembre de 2019. Cfr. SAIJ: FA19050128

tienen las curriculas de posgrados (diplomados, maestrías, actualizaciónes, etc.), vale decir que se debiera acreditar la especialización con un título académico.

Una tercera posición se instala con aquellos que formulan la acreditación experta con un examen de contenidos celebrado ante un tribunal mixto integrado por jueces, abogados, académicos y representantes de las agremiaciones que correspondan.

2.2 Ciertamente son planteos que se disponen como programas de acciones a cumplir. El paradigma ya está en las normas: especialización de los jueces y abogados; queda ahora en el derecho interno el deber de instrumentar la idoneidad.

En Europa, la necesidad de implementar agrega otra área no señalada: especialización del fuero de familia. Vale decir, crear una jurisdicción especial como es la administrativa o la constitucional; con leyes propias; reglas singulares y principios como los que venimos exponiendo.

Lluch se interroga […]

> Entonces, ¿por qué no se comprende y se atiende de inmediato por la autoridad competente, esta necesidad de tener un fuero propio? ¿Por qué no decidir y resolver legislativamente la necesidad de que los operadores en materia de crisis familiares deban ser específicos y especializados? ¿Por qué la sociedad, a pesar del alto índice de separaciones, divorcios, rupturas en relaciones paternofiliales y parejas de hecho, etc.. no puede disponer su solución en equipos multidisciplinares especializados que eviten perjuicios irreparables en el germen de nuestra sociedad : los menores? Resulta inexplicable, que el derecho básico a la justicia que proclama nuestra Constitución (se refiere a la española), permita que la falta de especialización, evite normas y protocolos que homogeinicen criterios en la solución de los conflictos, llevando a las familias a la inseguridad y falta de certeza del resultado de su crisis, evidenciado con la publicación de los criterios mas dispares entre las diferentes Juntas sectoriales de Jueces para iguales materias sobre custodia y visitas de hijos menores, y que a la postre, se han determinado que ni siquiera son vinculantes para los jueces de la Junta sectorial. Y no se diga que el problema se resuelve con la creación de Juzgados de Familia, o con la comarcalización de los juzgados de familia, por más que esto sea un primer e importante paso, sino que se resuelve con la especialización y formación continua obligatoria, de todos sus operadores jurídicos: jueces, fiscales, letrados de administración de justicia, abogados, psicólogos,

> trabajadores sociales, etc., que tomando decisiones conjuntas, evite las desigualdades actuales[265].

2.3 Cualquiera sea la respuesta a las iniciativas, se torna evidente que no se puede silenciar por mucho tiempo más la necesidad de tener un fuero especializado, concursos de jueces que acrediten idoneidad profesional y capacitación adquirida, donde las máximas de experiencia sean una distinción, más no un privilegio para la corporación judicial.

Capacitación, está demás decirlo, que debe proseguir en el tiempo, y renovarse progresivamente. Todo ello contribuirá al fin, altamente repetido, de lograr una tutela judicial efectiva.

> La especialización no puede esperar más; es una necesidad tanto de los profesionales que intervienen en estos procedimientos como de la ciudadanía, que sigue siendo sometida a una discriminación evidente en función de algo tal aleatorio como su lugar de residencia: los ciudadanos de primera, que tienen acceso a juzgados de familia especializados, con un fiscal y un Equipo Técnico adscritos, y los de segunda, que tienen acceso a juzgados de primera instancia, o mixtos según el caso, sin fiscal adscrito y con un Equipo Técnico que debe dar servicio a multitud de partidos judiciales[266].

3. El deber de capacitarse

3.1 Cuando un profesional, jueces o abogados de familia, entienden que se capacitan bajando información de internet (que tiene la particularidad de leer lo que otros han sintetizado dando su versión), cometen el grave error de ser autodidactas de la ignorancia.

Esto no es más que información, en definitiva, una opinión indeleble. No tiene la empatía que ofrece la educación universitaria, por la que nos inclinamos como opción propicia. La capacitación no persigue la autoconstrucción del intelecto, ni quiere enseñar sin debatir fiuerzas y debilidades teóricas y prácticas.

---

[265] Lluch, Xavier Abel, *Hacia la imparable especialización del fuero de familia,* Confilegal, Noviembre de 2021 (síntesis del coloquio celebrado los días 3, 4 y 5 de noviembre en la escuela judicial de Barcelona en conmemoración de los 25 años de la creación del Consejo General del Poder Judicial). Passim.

[266] Sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la provincia argentina de Río Negro, de fecha 13 de noviembre de 2019. Cfr. SAIJ: FA19050128

Hoy, bajo el principio respetable de la libertad de enseñar, se promuveve la sintetización de contenidos; la inclusión de protagonistas que cobran relevancias de identidad vulnerando la igualdad clásica del proceso; los vulnerables se han vuelto una especie de privilegiados por la protección judicial, y hay jueces que creen que solo se puede llegar a cumplir con el deber de proteger, alterando el principio de imparcialidad.

Pues bien, estos desatinos no se aprenden con el oficio ni con el sacrificio, son especializaciones de un arte que debe obligar a la capacitación continua y aplicada.

3.2 En la organización de la enseñanza del derecho de familia, el primer problema a dirimir esta en esclarecer la finalidad que se quiere alcanzar; dicho en otros términos: qué abogados y jueces se anhelan lograr, con qué capacidades y conocimientos y bajo que planificación curricular. Inmediatamente deben presentarse los contenidos y las obligaciones académicas del programa y las actividades extracurriculares.

Para ello, puede ocurrir que haya diferencias entre universidades públicas y privadas. Las primeras, signadas por su forma de gobierno, obtienen autonomía en la planificación del plan de estudios; su dimensión y tamaño les permite resolver por sí mismas, aun cuando admiten una política central en cuestiones generales. Las decisiones tienen igual autonomía sin perjuicio de las ratificaciones que estatutariamente deben provenir de los Consejos Superiores de la Universidad. En síntesis, las Facultades de Derecho estatales resuelven en su claustro el estilo y el programa a cumplir.

En cambio las universidades privadas se organizan y planifican con un diseño institucional que se fundamenta en un estatuto común (igual que las públicas), pero las unidades académicas no poseen plena autonomía pues la política general se orienta desde el rectorado; los planes de estudio suelen ser homogéneos en todas las carreras en cuanto respecta a obligaciones académicas; estas tienen particularidades, pero centralizan exageradamente cuestiones que debieran tener otros tiempos o decisiones autónomas (por ejemplo: períodos de exámenes; concursos y promociones de docentes; designación de profesores, etc.).

También suelen estar centralizadas otras áreas como el departamento de alumnos y las atenciones que ellos tienen (becas, salud, biblioteca, etc.); el sector o departamento docente; personal no docente; ingreso de alumnos; etc.). Esta unidad de criterios priva de flexibilidad la planificación curricular y confunde los objetivos con los planes para

lograrlo (v.gr.: si la Universidad persigue formar estudiantes con un alto perfil práctico que los prepare para la vida profesional, no necesita que las obligaciones académicas sean iguales en todas las unidades o departamentos, porqué las vías para llegar al modelo predispuesto admite varios caminos).

Todo esto se dice por si algún desorientado cree que estamos promoviendo que sean las universidades las que diseñen la política de formación y capacitación especializada de los abogados (también los magistrados) de familia.

Esto le corresponde al que diseña y crea la ley; o al Poder Ejecutivo que tiene la iniciativa legislativa y la promueve desde sus ministerios específicos (en el caso, Justicia).

3.3 En mi país, la enseñanza del derecho se preocupa mayormente por la acumulación informativa. Como ella es variable y profusa, crece día a día aumentado por la política de legislar para resolver con leyes y decretos antes que con ideas y proyectos puestos en práctica. Por ello, una planificación tan exigente como la de pensar que signfica "jueces y abogados especializados", necesita constantemente aumentar sus contenidos, deliberar y reflexionar, dando tiempo para la experiencia.

Los contenidos de la enseñanza observan este fenómeno nuevo pero no le encuentran más ubicuidad que en un amplio derecho público que aun está sin depurarse. Con esta lógica de la enseñanza, todo derecho que se interpreta se concreta en una realidad práctica, circunstancia que demanda a las escuelas de abogacía tener que responder con esa consigna de adaptación. Las facultades recorren así una orientación estrictamente profesionalizante; formar al abogado para el litigio que será, en definitiva, el campo de aplicación de leyes y códigos que ha aprendido.

La información como contenido de la enseñanza jurídica tiene un problema evidente: adiestra únicamente en la aplicación práctica de un ordenamiento jurídico. La mirada del universitario queda acotada a su reducto, sólo en él se concentra. El razonamiento deductivo que aplica se reduce al marco de su contingencia; sus límites son los de la propia idiosincrasia.

3.4 El campo de la racionalidad intelectual que importa la enseñanza del derecho sobre contenidos legislativos (de cualquier tipo en cuanto signifiquen organización legal

del Estado y la sociedad), supone saber llevar a la práctica la aplicación de dichos preceptos.

Esto significa que el objetivo se fija en los problemas del positivismo jurídico, excluyendo aquellas reglas y presupuestos que no sean derivados de los principios generales del derecho. Cuanto representa que la enseñanza del derecho con propósitos prácticos excluirá de su campo las reglas de derecho positivo que no sean aquellas en vigencia en el Estado nacional en cuestión; las reglas no nacionales no le interesarán.

Con este encuadre, el aprendizaje de la acción sobre los hechos que suceden en la familia, donde las leyes se aplican sobre presupuestos generales poco adaptados con las reglas procesales de la teoría general, demuestran que se debe orientar una capacitación profesionalizante de contenidos prácticos.

Los textos legales no desaparecen, quedan encubiertos en la fundamentación de las resoluciones. Se los ve recién al final, luego de interpretar el conjunto de hechos y circunstancias y determinar el sentido jurídico que cabe otorgarles. En la unión de ambas instancias de la enseñanza: *información y práctica*, parece resultar un justo medio. De alguna medida, en la Universidad de Harvard, modelo para unos sobre lo que debe o no se debe hacer, ocurrieron estos pasajes.

En síntesis, la confrontación entre los dos conceptos sobre la enseñanza del derecho, como dice Jerome Frank, o se prefiere *law in books o law in action,* persiste sólo en apariencias. Porqué en realidad los métodos no son contrapuestos, no están separados y debieran lograr un equilibrio metodológico.

Este es el equilibrio que pretendemos fomentar desde estas líneas que damos por terminadas. En el capítulo final se podrá verificar la fundamentación de cada uno de los principios cuando se afrontan casos de familia y minoridad.

CAPÍTULO XVII

LOS PRINCIPIOS PUESTOS EN PRÁCTICA

1. Introducción

1.1 Como no hay mejor teoría que aquella que se puede realizar en la práctica, este capítulo de cierre, ciertamente algo extenso, pero necesario a los fines que nos proponemos evidenciar, tiene como objetivo mostrar como trabajaría cada uno de los principios expuestos en un caso donde intervienen progenitores, familiares y menores de edad.

1.2 Para ello recurriremos a algunos pasajes de la obra escrita, que sin reproducción fiel, será el recuerdo donde aumentar los motivos para razonar y comprender el sentido que tienen los principios procesales del proceso de familia.

2. Las medidas de protección especial

2.1 El derecho a ser oído suele confundirse con el derecho de petición de naturaleza constitucional. La participación que se otorga al menor, *lato sensu*, no se debe igualar con la noción de parte; y finalmente esta calidad tampoco puede quedar alojada, únicamente, en la representación.

Lo dicho necesita de esclarecimientos. Lo primero que surge es que los derechos de niños, menores y adolescentes, identificados en las leyes como sujetos beneficiarios, son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.

El orden público, en materia de derechos de familia, supera en mucho la antojadiza doctrina conservadora de la patria potestad, dando cuenta de un nuevo modelo que necesita de adaptaciones y declaraciones concretas.

En conjunto son más garantías que principios y en armonía propician un mínimo de obligaciones jurisdiccionales y de otro carácter (legislativas y administrativas) que tienden a elaborar un sistema destinado al pleno ejercicio de los derechos que se fomentan.

2.2 La protección es la base natural que cuenta la familia y sus integrantes; que es mucho más exigente cuando por circunstancias especiales, la contención y apoyo que se necesita requiere de coberturas mayores que el Estado debe aportar y el juez no puede eludir.

Cuando se piensa en una "protección especial", como la establecida en la Convención del Niño, el destinatario es el menor de dieciocho (18) años de edad, que por razones que se deben verificar caso por caso, reciben dichas medidas especiales de protección para equiparar en el cumplimiento de derechos a todos los niños, además del ejercicio y cumplimiento de las políticas públicas universales con énfasis en la prevención y la detección oportuna y precoz.

El artículo 19 de la Convención es conciso al establecer que […]

> Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Estas medidas tuitivas deben ser definidas según las circunstancias singulares que se atraviesen, y se ordenan en tres dimensiones de obligados activos para su diligenciamiento. La *familia* como centro universal de la educación y desarrollo del niño; la *sociedad* en cuanto factor notable y trascendente para ampliar la socialización y cultura; y el *Estado* como garante del cumplimiento efectivo.

2.3 Trasciende en este aspecto la Opinión Consultiva requerida a la Corte IDH por la Comisión, que dio lugar al documento OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002 que en cuanto interesa destacar sostiene […]

> 55. Se puede concluir, que en razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es *per se* discriminatorio, en el sentido proscrito por la Convención. Por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño. Se entiende que, en virtud de los artículos 1.1 y 24 de la Convención, los Estados no pueden establecer diferenciaciones que carezcan de una justificación objetiva y razonable y no tengan como objeto único, en definitiva, el ejercicio de los derechos establecidos en aquélla.
>
> […]
>
> 62. La adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquél pertenece. Sobre este

punto, el artículo 16 del *Protocolo de San Salvador* manifiesta que [t]odo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.

[…]

78. La eficaz y oportuna protección de los intereses del niño y la familia debe brindarse con la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello, que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas. En fin, no basta con que se trate de organismos jurisdiccionales o administrativos; es preciso que éstos cuenten con todos los elementos necesarios para salvaguardar el interés superior del niño.

[…]

95. Las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño.

96. Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento.

97. A este respecto, conviene recordar que la Corte señaló en la Opinión Consultiva acerca del Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal cuando abordó esta materia desde una perspectiva general, que [p]ara alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido

> proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas (supra 47).
>
> 98. En definitiva, 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.

La larga cita obedece a que pone en el escenario de la discusión si estas medidas especiales, cuando se trata de llevarlas al proceso, tienen como destino influir en los procedimientos o cambiar sus presupuestos. Si no lo fuese, es evidente que será menester profundizar en la naturaleza jurídica que trae el cambio y procurar dar una respuesta a las diferencias planteadas al comienzo.

¿Oír es una garantía abstracta o requiere de precisiones conceptuales? ¿participar en el proceso es darle al niño la condición de parte? ¿si es parte, tiene autonomía o es una suerte de litisconsorte con la familia y/o su representante? En su caso ¿la representación del menor regulada en los códigos procesales está virtualmente derogada?

3. Intervención y participación

3.1 Para nosotros el impacto que trae en la teoría general del proceso el espectro amplio de los derechos del niño que se deban actuar en el proceso tiene incidencias notables que, de no ser razonadas e interpretadas adecuadamente, pueden provocar desigualdades en el uso y aplicación de los principios y reglas generados.

El derecho a ser oído es un derecho de intervención que reconoce la posibilidad de expresarse y hacer de sus comentarios un aporte esencial para la protección del interés que se ventila en juicio. No significa obligación de actuar, ni un emplazamiento para que lo haga, solo otorga una facultad a ser escuchado.

> El concepto de participación pone de relieve que incluir a los niños no debe ser solamente un acto momentáneo, sino el punto de partida para un intenso intercambio de pareceres entre niños y adultos sobre la elaboración de políticas, programas y medidas en todos los contextos pertinentes de la vida de los niños […]. El artículo 12 de la Convención establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. Recae así sobre los Estados partes la clara obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observancia

> escuchando las opiniones del niño y teniéndolas debidamente en cuenta. Tal obligación supone que los Estados partes, con respecto a su respectivo sistema judicial, deben garantizar directamente ese derecho o adoptar o revisar leyes para que el niño pueda disfrutarlo plenamente[267].

Este derecho a intervenir, en consecuencia, no es un deber de participación, aunque la posibilidad de hacerlo efectivo tiene responsabilidades puntuales para evitar situaciones de indefensión, o que el proceso quede sin el aporte esencial de quien tiene que expresar sus puntos de vista para orientar la mejor decisión en pos de asegurar el interés superior que se debe tutelar.

Por eso, tanta importancia como invitar al niño a que se exprese, tiene el de asegurar de que lo haga con suficiente información y asesoramiento sobre las consecuencias que contrae, a cuyo fin hay que tener presente que la Convención sobre los Derechos del Niño establece dos ámbitos de protección: *a)* de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en general, y *b)* el de los niños que han cometido un delito. En este último campo, los menores no sólo deben recibir las mismas garantías que los adultos, sino, además, una protección diferenciada.

3.2 Ahora bien, intervenir como hipótesis de cobertura a un requerimiento convencionalizado que propicia mejorar la protección procesal de niños, menores y adolescentes, deja mucho que desear si únicamente se lo considera como un llamado de intervención voluntaria.

La cuestión excede la dogmática para confrontar la realidad del mandato legal que se muestra todavía incierto y dubitativo en la práctica profesional. Algunas veces se afirma que […]

> La escucha a los niños debe tener sus límites. Así el deber judicial de oírlos se lo puede tener por debidamente satisfecho cuando ya fue escuchado en una determinada instancia del proceso; lo que equivale a decir –en principio- no se verifica el compromiso judicial de audición ante la Alzada en los supuestos en que en primera instancia se cumplió acabadamente con dicho recaudo[268].

---

[267] Comité de Derechos del niño, Observación General N° 12, CRC/C/GC/12, párr. 15.

[268] Mizrahi, Mauricio Luis, *Intervención del niño en el proceso. El abogado del niño*, La Ley, 2011-E, 1195.

La respuesta sería correcta si la evolución dispuesta en los derechos del menor fuera pretender que siempre se oyeran sus pareceres, cuando sus intereses familiares, económicos o de otro tipo pudieran quedar afectados. Pero aun siendo exacto, entendemos que el derecho a ser oído no es una gracia o permiso para responder a los caprichos de un menor sin capacidades desarrolladas, ni para condicionar la actitud judicial que interprete ese derecho como un deber de respuesta positivo. En nuestro parecer el derecho a ser oído consagra el derecho al efectivo acceso a la justicia, que trasciende el principio impuesto para que las niñas, niños y adolescentes deban ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta.

La garantía se debe relacionar con el art. 12.1 de la *Convención sobre los Derechos del Niño* ("Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio del derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño"), mejor precisado en el art. 27 de la Ley 26.061, que afinca exclusivamente en las indemnidades judiciales mínimas, donde se cuenta con el derecho:

a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;

b) que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;

c) a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya, y que en caso de carecer de recursos económicos el Estado deba asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;

d) a participar activamente en todo el procedimiento; y

e) a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

Del enclave surge que el sistema permite el "derecho a ser partes", y a contar con una representación legal independiente de la que los padres, tutores o curadores (en su caso) puedan asignarle.

3.3 De allí que el derecho a intervenir se vuelca en el de participar, cambiando el derecho a ser oído como simple manifestación del derecho, e hipotéticamente, dejando sin sentido el efecto del mero llamado a estar y manifestarse, donde el ser escuchado no influye en las pretensiones, ni afecta el principio dispositivo y de congruencia (de modo que el proceso continuaría siendo bilateral, contradictorio, basado en la confirmación de versiones y con una sentencia válida únicamente para quienes sean justas partes del litigio).

La mudanza trae un derecho nuevo y, de alguna manera, contradictorio con el sistema procesal que solo ve al proceso como un problema de dos, donde el tercero (niño, niña y adolescente) tiene obligatoriamente que asociarse a las pretensiones de uno u otro, sin posibilidades de dar a conocer su propio interés.

Es éste, justamente, el efecto copernicano de la participación procesal, porque extensivamente puede encontrar apoyo en el artículo 36 que da intervención al interesado en el proceso, convirtiéndolo en parte y con la posibilidad de aportar prueba que haga a su derecho de defensa.

Inclusive podría ser más amplio este derecho de actuar, si se toma en consideración que […]

> El Comité del Niño hace hincapié en que el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan. A ese respecto, subraya lo siguiente:
>
> En primer lugar, en sus recomendaciones subrayó que el concepto del niño como portador de derechos está "firmemente asentado en la vida diaria del niño" desde las primeras etapas. Hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente. Por consiguiente, la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias.
>
> En segundo lugar, el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto.
>
> En tercer lugar, los Estados partes también tienen la obligación de garantizar la observancia de este derecho para los niños que experimenten dificultades para hacer oír su opinión. Por ejemplo, los niños con discapacidades deben tener disponibles y poder utilizar los modos de

> comunicación que necesiten para facilitar la expresión de sus opiniones. También debe hacerse un esfuerzo por reconocer el derecho a la expresión de opiniones para los niños pertenecientes a minorías, niños indígenas y migrantes y otros niños que no hablen el idioma mayoritario.
>
> Por último, los Estados partes deben ser conscientes de las posibles consecuencias negativas de una práctica desconsiderada de este derecho, especialmente en casos en que los niños sean muy pequeños o en que el niño haya sido víctima de delitos penales, abusos sexuales, violencia u otras formas de maltrato. Los Estados partes deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que se ejerza el derecho a ser escuchado asegurando la plena protección del niño ([269]).

3.4 Y como de la intervención se pasa a participar, y en el proceso el protagonismo es directo o indirecto (partes o terceros, respectivamente), es notorio entonces que la participación de los menores de edad en el proceso, puede encontrar diversidades etáreas que solamente se exponen dentro de un amplio criterio como es la "madurez suficiente".

En efecto, el ejercicio de los derechos por la persona menor de edad se realiza a través de sus representantes legales; pero si tiene edad y madurez suficiente puede por sí ejercer algunos actos jurídicos, e inclusive tener asistencia letrada propia cuando está en conflicto con quienes lo representan por ley.

La base para todos los menores sin diferencia de edad es el derecho a participar en las decisiones sobre su persona, lo que significa que cuenta con la garantía de ser oído.

Pero la comprensión de los actos que vaya a cumplimentar tienen que ampararse con el conocimiento efectivo y razonado de los efectos que puedan producir; por eso la capacidad progresiva hace a la comprensión y no al derecho a ser tenido como parte en sentido procesal.

> 28. Es necesario tener "debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño". Estos términos hacen referencia a la capacidad del niño, que debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso. El artículo 12 estipula que no basta con escuchar al niño; las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio.

---

[269] Comité de Derechos del niño, Observación General N° 12, CRC/C/GC/12, párr. 21.

> 29. Al exigir que se tengan debidamente en cuenta las opiniones, en función de su edad y madurez, el artículo 12 deja claro que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso.
>
> 30. "Madurez" hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño. La madurez es difícil de definir; en el contexto del artículo 12, es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente. Los efectos del asunto en el niño también deben tenerse en consideración. Cuanto mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño[270].

3.5 La aptitud para obrar en un proceso tiene como referencia a otro sujeto, que es con quien se va a constituir la relación jurídica procesal, la que de todos modos, tiene antecedentes en los hechos que la preceden. El problema aparece cuando el interés expuesto en la demanda no se postula por quien ha sido el titular de la relación jurídica sustancial, tal como sucede en los casos de representación, cesión de derechos, sucesión, etc., posiciones que generan alguna confusión, pero que, a los fines de este estudio, sigue observando al proceso como una cuestión entre dos.

Los ordenamientos procesales refieren a la legitimación para obrar dando cuenta de quienes podrán ser sean partes actora o demandada, sin atender otros intereses ni intervenciones, porque ellos se consideran ajenos a la relación jurídica procesal.

De inmediato surge un interrogante ¿si el proceso debate entre dos partes, entonces el derecho del niño a ser oído se abastece únicamente con la entrevista ante el juez, o con la presentación escrita de su abogado?

3.6 El planteo que hacemos se explica parcialmente […]

> 35. Una vez el niño haya decidido ser escuchado, deberá decidir cómo se lo escuchará: "directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado". El Comité

[270] Comité de Derechos del niño, Observación General N° 12, CRC/C/GC/12, párrafos indicados.

> recomienda que, siempre que sea posible, se brinde al niño la oportunidad de ser escuchado directamente en todo procedimiento.
>
> 36. El representante puede ser uno de los progenitores o ambos, un abogado u otra persona (por ejemplo, un trabajador social). Sin embargo, hay que recalcar que en muchos casos (civiles, penales o administrativos) hay riesgo de conflicto de intereses entre el niño y su representante más obvio (progenitor/es). Si el acto de escuchar al niño se realiza a través de un representante, es de suma importancia que el representante transmita correctamente las opiniones del niño al responsable de adoptar decisiones. El método elegido deberá ser determinado por el niño (o la autoridad competente en caso necesario) conforme a su situación particular. Los representantes deberán conocer y comprender suficientemente los distintos aspectos del proceso de adopción de decisiones y tener experiencia en el trabajo con niños.
>
> 37. El representante deberá ser consciente de que representa exclusivamente los intereses del niño y no los intereses de otras personas (progenitor/es), instituciones u órganos (por ejemplo, internado, administración o sociedad). Deberán elaborarse códigos de conducta destinados a los representantes que sean designados para representar las opiniones del niño[271].

El introductorio pone en claro y ratifica que el niño está representado, y que su derecho a participar debe estar en consonancia con las normas de procedimiento interno, siempre con la mirada de satisfacer la mejor plenitud de ejercicio de los intereses superior que se protegen.

El inconveniente aparece en dos espacios relacionados: Por un lado hay incapaces de ejercicio que, por no tener edad y grado suficiente de madurez, tiene que ser representado legalmente.

Pero esta capacidad progresiva se condiciona a la fuerza argumental de quien lo interprete, en razón de que no existen más estándares que la discrecionalidad judicial. Por eso, el segundo problema surge del hecho que la capacidad procesal difiere de la capacidad civil, poniendo así en dudas si el alcance del protagonismo es de los derechos del niño *de cualquier edad,* y tiene el alcance de ocupar el espacio del proceso donde pueda tener intereses afectados.

3.7 No parece posible desarmar la estructura garantista del proceso (la máxima garantía para que los derechos se ejecuten y respeten) con declamaciones de poca realidad

---

[271] Comité de Derechos del niño, Observación General N° 12, CRC/C/GC/12, párrafos indicados.

práctica. Dicho esto en el sentido de considerar que la niña, el niño o el adolescente tienen derecho a ser atendidos sin precisar criterios de edad cuando se vinculan con el ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo. Ese derecho incluye la posibilidad de participar y expresar libremente su sentir en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés; y que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo..

Se puede agregar en este punto del derecho a ser oído, la participación en el proceso donde sea convocado de oficio o por las partes, con el fin de ofrecer un pensamiento razonado sobre derechos o intereses que lo alcanzan, siempre que ellos no determinen la necesidad de tener una representación legal que posibilite la eficacia real de su derecho de defensa. Vale decir que, ser oído en esta instancia, supone permitir que el menor se explaye con una mirada propia sin la influencia de sus padres o de otros adultos.

Esta atención especial que se recibe es importante para la garantía que se acuerda, pero no convierte en parte procesal al menor que se expresa.

3.8 Enfocado el problema en la perspectiva de quien deba resolver, las cuestiones de legitimación persisten con la incertidumbre. Es claro que las normas que rigen los procedimientos de familia deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente, tratándose de personas en situación de vulnerabilidad.

Los menores son un sector vulnerable, y a ellos se les afianza el derecho a ser escuchados. El interrogante remanido es si este derecho a expresarse, a intervenir y pedir protección especial a los intereses que requiere, significa darle condición de parte.

Ratificamos que no es así: el menor de edad no tiene capacidad procesal ni puede asumir la condición de parte; lo que no significa que pierda el derecho de acceso a la justicia, sino todo lo contrario.

La invitación a que participe podrá tener múltiples posibilidades: intervención voluntaria; citación expresa por los sujetos del proceso; llamado de oficio; adhesión litisconsorcial, etc., solamente que en los tratados internacionales (y en la propia Convención de los derechos del niño) se disponen tratamientos especiales que no quedan especificados.

4. La calidad de parte del menor de edad

4.1 La polaridad que se crea después de la innovación de dar al menor de edad una suerte de participación activa del proceso sostenida en el derecho a ser oído tiene opiniones divergentes.

Mientras algunos entienden que la regla siempre será la del menor representado por sus padres, pero acordando al niño el derecho a ser oído directamente; otros propician una autonomía mayor, que depende de la edad que se tenga, y de la madurez suficiente que se exponga.

La madurez suficiente permite avanzar en las etapas de la capacidad, de manera que –para esta tendencia– el menor de trece (13) años debe actuar con representación aunque pueda ejercer el derecho a ser oído; el que tiene entre trece (13) y dieciséis (16) años es adolescente con capacidad plena de participación en el proceso donde se deba resolver sobre su persona; y el que tiene entre dieciséis (16) y dieciocho (18) años tiene derecho de intervención plena y con patrocinio letrado propio.

4.2 Otro sector advierte que la autonomía y capacidad progresiva de los niños y adolescentes refiere a la ampliación de la capacidad de goce sin alcanzar al ejercicio. La dirección y orientación apropiada para el mejor desarrollo de los derechos exige que sea la familia quien explique el alcance del derecho a participar, y en su defecto, la función jurisdiccional debe cumplir ese rol. Una vez que el niño consiga formarse indudablemente un juicio propio, podrá expresarse en el proceso y tomar intervención activa.

Pero, el empleo de estos vocablos bienintencionados no debe perder de vista el efectivo derecho de defensa, pues al no existir un estándar para la “madurez suficiente”, alojar en la edad la autonomía funcional parece riesgoso.

Con esta mirada las cuestiones se fraccionan entre los problemas de autonomía individual para el disfrute de derechos que no necesitan para expresarse de un orden cronológico; respecto de la toma de posición en un proceso donde la calidad de parte solo la adquiere por medio de la representación legal.

4.3 En tercería aparecen quienes proponen que sean los jueces y no la ley quien resuelva las diferencias entre “participar”, “intervenir” o constituirse en “parte”.

Kielmanovich sostiene que […]

> “La aplicación de los referidos derechos y garantías *no se limita* por la ley a aquellos procesos en los que las niñas, niños y adolescentes sean o vayan a ser partes procesales, sino que aprehende a todos los que los <afecten>, fórmula de una inocultable amplitud que la prudencia de nuestros jueces tendrá que delimitar, pues una interpretación desmesurada podría llevar a sostener que en todo juicio promovido por o contra una persona que tuviese un hijo, *niño* en los términos de la Convención (ser humano concebido de hasta 18 años, art. 1, Convención), éste podría invocarlos y participar activamente en el mismo, así, v.gr. en el juicio de desalojo seguido contra su padre a objeto de que éste fuese condenado a restituir al locador el local en el cual aquél explota un comercio, so color que la resolución del contrato podría importar la merma o ya la supresión de los ingresos familiares e implicar con ello, una pérdida de los recursos destinados para su subsistencia, alimentación, esparcimiento, educación, vivienda o cuidados médicos, situación que en sentido vulgar sin duda que lo <afectaría>" ([272]).

Lo que esta fuera de discusión es que el menor puede tomar intervención por sí mismo cuando existan derechos particulares que estén afectados. La representación de los padres pasa a segundo plano, y obliga en consecuencia, a ver este tema en particular cuando se trata de elegir al abogado de confianza, a cuyo fin, se considera que la designación es un acto de naturaleza personalísimo que carece de contenido patrimonial.

4.4 Tanto la Convención de los Derechos del Niño como las leyes locales se han preocupado por fortalecer los vínculos del niño con la familia, desde la cual se proyecta una vida plena con capacidades progresivas. Los conflictos que pueda sufrir el menor puede representarlos por sí mismo con las limitaciones que mantiene cada sistema procesal y con la prudencia de aplicación que debe obrar el juez de la causa. El piso de marcha es la defensa en juicio, efectiva y permanente, y al mismo tiempo, sensata y reflexiva.

---

[272] Kielmanovich, Jorge L., *Reflexiones procesales sobre la ley 26.061 (de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes,)* La Ley, 2005-F, 987.

Dicho esto en el sentido de no contribuir desde la representación y el patrocinio con el exacerbamiento de pasiones que, en definitiva, tendrán al menor como única víctima del desatino. El justo medio es la confianza en los jueces.

5. El caso de los adolescentes

5.1 En los códigos civiles de fuente europea (mayoritariamente influidos por el Código Civil de Francia) la edad fue determinante para dividir la capacidad de la incapacidad. Los llamados *menores impúberes* fueron los que tenían menos de catorce (14) años, y *menores adultos* quienes tenían más de esa edad. Estos eran sujetos capaces con algunas restricciones, y las libertades conferidas estuvieron sujetas a los tiempos y el pensamiento imperante.

La participación en juicio fue excepcionalmente conferida, en la medida que se mantuvo presente la idea de tutela y representación de los padres. Después, con el surgimiento de los derechos del niño, el concepto de participación fue polisémico y derivó en contraposiciones ideológicas que tuvieron la necesidad de separar al menor de edad en dos categorías: niños y adolescentes.

5.2 Los sociólogos de la conducta consideran que la participación principal de niños, niñas y adolescentes implica que puedan expresar libremente opiniones, pensamientos, sentimientos y necesidades, y que estos puntos de vista deben ser tenidos en cuenta para influir en las decisiones.

Es una transformación del vínculo parental que lo aísla de las decisiones familiares para cobrar autonomía y protagonismo. En Argentina, se reglamenta que el adolescente *tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen el estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física (art. 26).* ¿Cuán amplia es esta competencia?

Seguramente en la dimensión de los actos este protagonismo significa también asumir responsabilidades. Se trata de aportar y construir conjuntamente en la composición de la vida, y es en este sentido que la autonomía se considera como punto de unión, de encuentro, no compatible con ninguna forma de separación o dispersión. Implica interacción e interrelación con su entorno, con los demás. No es un yo

protagonista, es un nosotros; el protagonismo, para ser tal, tiene que ser fecundo en el desarrollo del protagonismo de los otros[273].

Sin embargo, éstas son decisiones comprometidas con un destino propio, pero con efectos secundarios que podrían llevar a cuestiones judiciales. ¿Qué sucedería si un adolescente resuelve tatuar su cuerpo sin el consentimiento de los padres? ¿Es un tratamiento invasivo? Si lo es, necesitará el consentimiento de los progenitores; y en caso de divergencia, el eventual perjuicio requerirá la opinión médica respecto de las consecuencias de haber realizado dicho acto.

5.3 Si la capacidad es la regla y la incapacidad es excepción, no habría problemas en darle al adolescente aptitud para obrar, e inclusive -como lo hace el Código Argentino - autorizar que tenga suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada.

En la normas que se reproducen el planteo previo se va aclarando […]

> *Artículo 678 – Oposición al juicio*. Si uno o ambos progenitores se oponen a que el hijo adolescente inicie una acción civil contra un tercero, el juez puede autorizarlo a intervenir en el proceso con la debida asistencia letrada, previa audiencia del oponente y del Ministerio Público.
>
> *Artículo 679 – Juicio contra los progenitores*. El hijo menor de edad puede reclamar a sus progenitores por sus propios intereses sin autorización judicial, si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada.

De los preceptos[274] aparece el primer conflicto de aplicación. El artículo 678 implícitamente afirma la posibilidad de que el adolescente pueda promover una acción civil; derecho que en la norma siguiente extiende al menor de edad si acredita madurez suficiente. En ambos casos la autonomía progresiva reconocida implica que quien la

---

[273] *Save the Children*, 2006.

[274] No son solamente las normas enunciadas las que permiten independizar de los padres la actuación procesal […]. El art. 109: *Tutela especial*. Corresponde la designación judicial de tutores especiales en los siguientes casos: *a)* cuando existe conflicto de intereses entre los representados y sus representantes; si el representado es un adolescente puede actuar por sí, con asistencia letrada, en cuyo caso el juez puede decidir que no es necesaria la designación del tutor especial […]. Art. 661: *Legitimación*. El progenitor que falte a la prestación de alimentos puede ser demandado por: *a)* el otro progenitor en representación del hijo; *b)* el hijo con grado de madurez suficiente con asistencia letrada; c) subsidiariamente, cualquiera de los parientes o el Ministerio Público.

ejerce pueda designar el letrado patrocinante y participar del proceso independiente de la voluntad de sus padres.

En la práctica sucedería que el menor de edad que insinuara por cualquier medio la intención de demandar, debería sumar a los presupuestos procesales tradicionales los que corresponden a demostrar:

a) la capacidad de razonar y comprender los motivos que lo llevan a juicio;

b) el conflicto con los progenitores, y

c) la representación letrada.

5.4 Ante ello el juez afronta un aprieto importante. Los presupuestos de entrada al proceso sostienen que los menores de edad comparecen con la representación de los padres; pero cuando se trata de cuestiones vinculadas con el cuerpo y la salud, la voluntad libremente expresada por el niño y con discernimiento suficiente encuentra una aptitud diferente.

Si el menor tiene más de dieciséis (16) años, es tratado como adulto, y en tal caso, el problema de legitimación confronta con el presupuesto que exige mayoría de edad para ser parte en sentido procesal.

Ahora bien, para poder solucionar el trance es recomendable actuar con las reglas de interpretación que tiene el control de convencionalidad y de constitucionalidad, donde lo primero será verificar que regulan los tratados y convenciones internacionales específicos, después analizar la inteligencia aplicada en ellos por la jurisprudencia de la Corte IDH; continuar con los fallos de los superiores tribunales nacionales, y armonizar con suficiente margen de apreciación, el resultado efectivo que conduce este procedimiento en orden a fomentar la protección efectiva de los derechos del menor.

Con este programa se puede visualizar un camino para comprender si el menor de edad tiene o no legitimación procesal.

El artículo 19 de la Convención Americana impone a los Estados la obligación de adoptar “medidas de protección” para los niños. Este concepto no se refiere únicamente a disposiciones judiciales, sino a todo un sistema de fomento y tutela para el desarrollo y progreso de los derechos de niños y adolescentes.

El territorio a cubrir excede el campo estricto de los derechos civiles y políticos. Las acciones que el Estado debe emprender, particularmente a la luz de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, abarcan aspectos económicos, sociales y culturales que forman parte principalmente del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal de niños.

La prevalencia del interés superior a proteger debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable[275].

> En el caso "*Rosendo Cantú vs. México*" se ofrece una guía de las medidas especiales que debieron prestarse: i) suministrar la información e implementar los procedimientos adecuados adaptándolos a sus necesidades particulares, garantizando que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento, de acuerdo con sus necesidades; ii) asegurar especialmente en casos en los cuales niños o niñas hayan sido víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato, su derecho a ser escuchados se ejerza garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado, y iii) procurar que los niños y niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la revictimización o un impacto traumático en el niño[276].

La opinión advertida no es tratar al menor como un sujeto con cargas, deberes y obligaciones, como supone la condición de parte en un proceso. La tendencia es acentuar la obligación a cargo del Estado de respetar y asegurar los derechos reconocidos a los niños en otros instrumentos internacionales aplicables.

5.5 Resulta relevante hacer referencia a los artículos 12 y 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los cuales reconocen, respectivamente, el derecho de los

---

[275] Corte IDH. Caso *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

[276] Corte IDH. Caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*. Sentencia de 31 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

niños de gozar de la oportunidad de ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte, y su derecho a que los Estados logren que el niño que intente obtener el estatuto de refugiado, o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables, reciba la protección y asistencia necesaria para salvaguardar sus derechos[277].

En definitiva se trata de convencionalizar en el derecho interno los cuatro (4) principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño:

a) el principio de no discriminación;

b) el principio del interés superior de la niña o del niño;

c) el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y

d) el principio de respeto a la opinión de la niña o del niño en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación.

En la Opinión Consultiva 17/2002, se aclara que la mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial.

Pero cuidado, no todos poseen capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana.

---

[277] Corte IDH. Caso *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). En el mismo sentido Caso *Bulacio vs. Argentina*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 133; Caso *Molina Theissen vs. Guatemala*. Sentencia 3 de julio de 2004 (Reparaciones y Costas), párr. 67; Caso de *la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 200525, parr. 152; Caso de *las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006, párr. 244; Caso *Servellón García y otros vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006, párr. 113; Caso *Familia Barrios vs. Venezuela*. Sentencia de 24 de noviembre de 2011, parr. 55; Caso *Fornerón e hija vs. Argentina*. Sentencia de 27 de abril de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 45; Caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Sentencia de 25 de octubre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 150; Caso *Mendoza y otros vs. Argentina*. Sentencia de 14 de mayo de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), párr. 141; Caso *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 217.

En suma, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte IDH en otros casos, se entiende por "niño" a toda persona que no ha cumplido dieciocho (18) años de edad[278].

> Cuando haya dudas sobre la edad, el Estado, a través de sus autoridades competentes en la materia, debe realizar de oficio las acciones pertinentes para acreditar fehaciente la minoría de edad, a través de una evaluación con criterios científicos, teniendo en cuenta la apariencia física (características somáticas y morfológicas) y la madurez psicológica, realizada de forma segura, respetuosa y con consideraciones de género e impactos diferenciados. En caso que no sea posible llegar a una determinación certera de la edad, se debe otorgar "al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor, se le trate como tal"[279].

El efecto procesal se advierte en las diferencias que se admiten entre participar y ser parte, pues el presupuesto que impone ésta condición, limita el obrar tuitivo que la Convención y la ley confiere, sin perjuicio de poner en contradicción la finalidad prevista con los principios del procedimiento.

5.6 Por otra parte, la Corte IDH reitera que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso.

Asimismo, la información que se debe prestar al niño significa ser claros en el mensaje para que pueda comprender que podrá intervenir en el proceso por sí o con representantes. Y si tuviera conflictos de intereses con sus progenitores, o los hubiera entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho trance.

---

[278] Cfr. Caso *Bulacio vs. Argentina*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 133.

[279] Comité de Derechos del Niño. Observación General Nº 6.

> Ahora bien, la Corte IDH considera que es preciso evaluar no sólo el requerimiento de medidas especiales en los términos expuestos anteriormente, sino también ponderar factores personales, como por ejemplo el hecho de pertenecer a un grupo étnico minoritario, ser una persona con discapacidad o vivir con el VIH/SIDA, así como las características particulares de la situación en la que se halla la niña o el niño, tales como ser víctima de trata, encontrarse separado o no acompañado, para determinar la necesidad de medidas positivas adicionales y específicas. Por consiguiente, en aplicación del principio del efecto útil y de las necesidades de protección en casos de personas y grupos en situación de vulnerabilidad, el tribunal también pondrá especial énfasis en aquellas condiciones y circunstancias en que las niñas y los niños en el contexto de la migración pueden encontrarse en una situación de vulnerabilidad adicional que conlleve un riesgo agravado de vulneración de sus derechos, a fin de que los Estados adopten medidas para prevenir y revertir este tipo de situaciones en forma prioritaria así como para asegurar que todas las niñas y los niños, sin excepciones, puedan gozar y ejercer plenamente sus derechos en condiciones de igualdad[280].

Todo conduce a separar la actuación del menor expresada con actos positivos que se incorporan al proceso como información calificada, de carácter autónomo –no probatorio–, de aquella que persiga constituirlo en parte con las consecuencias que ello contrae.

Nuevamente la Opinión Consultiva 17/2002 verifica que la intervención del menor en el proceso se instala en el terreno del acceso a la justicia para contribuir con opinión propia a la justa y efectiva satisfacción de los intereses superiores que se encuentran en juego.

> Esto significa que el juez debe informar la actividad de todas las personas que intervienen en el proceso, quienes han de ejercer sus respectivas encomiendas tomando en consideración tanto la naturaleza misma de éstas, en general, como el interés superior del niño ante la familia, la sociedad y el propio Estado, en particular. No basta con disponer protecciones y garantías judiciales si los operadores del proceso carecen de capacitación suficiente sobre lo que supone el interés superior del niño y, consecuentemente, sobre la protección efectiva de sus derechos[281].

Conviene insistir, entonces que si bien los niños cuentan con los mismos derechos humanos que los adultos durante los procesos, la forma en que ejercen tales derechos varía en función de su nivel de desarrollo. Por lo tanto, es indispensable reconocer y

---

[280] Corte IDH. Caso *Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de mayo de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

[281] Párrafo 79 de la OC – 17/2002.

respetar las diferencias de trato que corresponden a desiguales situaciones entre quienes participan en un proceso. Lo anterior corresponde al principio de trato diferenciado que, aplicado en el ámbito penal, implica que distinguir entre niños y adultos, tanto por lo que respecta a "su desarrollo físico y psicológico, como por sus necesidades emocionales y educativas", supone desarrollar un sistema separado de justicia penal juvenil ([282]).

De todos modos, es un derecho a ser oído sin convertirlo en parte. En todo caso, la participación activa depende de comprobar si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, que signifique para el encargado de adoptar decisiones sobre sus intereses, una opinión trascendente por el sujeto de que proviene.

5.7 En definitiva, 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 ellos se encuentran, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías.

No son medidas que alteren los presupuestos procesales de admisión y pertinencia, sino lecturas flexibles de principios como el dispositivo, de congruencia, de carga probatoria, economía procesal, preclusión y cosa juzgada, sin perjuicio de otros que podrían aplicarse en cada caso concreto.

En tal sentido, el artículo 5.5. de la Convención Americana señala que, *"cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento*". Por lo tanto, conforme al principio de especialización, se requiere el establecimiento de un sistema de justicia técnico singular en todas las fases del proceso y durante la ejecución de las medidas o sanciones que, eventualmente, se apliquen a los menores de edad que hayan cometido delitos y que, conforme a la legislación interna, sean imputables. Ello involucra tanto a la legislación o marco jurídico como a las instituciones y actores estatales especializados en justicia penal juvenil.

---

[282] Corte IDH. Caso *Mendoza y otros vs. Argentina*. Sentencia de 14 de mayo de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones).

Sin embargo, también implica la aplicación de los derechos y principios jurídicos especiales que protegen los derechos de los niños imputados de un delito o ya condenados por el mismo.

> Por otro lado, la regla 5.1 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) establece que "[e]l sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito". Como ya se señaló […], una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada, especializada y proporcional las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquéllos. Sobre esta importante materia se proyecta lo que antes se dijo a propósito de la edad requerida para que una persona sea considerada como niño conforme al criterio predominante en el plano internacional. Consecuentemente, los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, en caso de que no sea posible evitar la intervención judicial, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad ([283]).

La especialidad significa atender situaciones especiales y contingencias puntuales, como el caso de *niños refugiados* cuyas protección se debe orientar con garantías procedimentales específicas y probatorias que permita llegar a decisiones justas, lo cual requiere de un desarrollo e integración de procedimientos apropiados y seguros para los niños y un ambiente que le genere confianza en todas las etapas del proceso de asilo. A la vez, y bajo este mismo principio, si el solicitante principal es excluido de la condición de refugiado, los familiares tienen el derecho de que sus propias solicitudes sean evaluadas de forma independiente[284].

---

[283] Caso *Mendoza y otros vs. Argentina*. Sentencia de 14 de mayo de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), párr. 147.

[284] Caso *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 224.