

# **XXIX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL**

**14, 15 y 16 de septiembre, Termas de Río Hondo, Santiago del Estero**

**Comisión: Incidencia del Código Civil y Comercial en los Códigos Procesales Civiles y Comerciales de la República – Otros temas**

**Título de la ponencia: “La aplicación de las normas de forma en el proceso de familia según el CCyC”**

**Autor:** Alejo J. Giles

Dirección postal: Humboldt 2457, 11 “e”, CABA

Teléfono: 0221-155991218

Correo electrónico: alejojgiles@gmail.com

El autor manifiesta su intención de participar de los concursos enunciados en el art. 7 del *Reglamento General* de este Congreso y del *Concurso Jóvenes Abogados*.

## **SUMARIO:**

En este trabajo se pretende indagar acerca de los impactos del artículo 706 del CCyC en la aplicación de las normas de forma en los procesos de familia. ¿Cómo podemos entender el contenido prescriptivo de esa norma? Se sostendrá que implica una reformulación de la concepción tradicional acerca del sistema de normas procesales y su interpretación y aplicación, a través de una matización del principio de legalidad de las formas. Imponiendo, por un lado, una *interpretación conforme* con el acceso a la justicia de las normas procesales y, por el otro, la aplicación del *juicio de ponderación* cada vez que no se encuentren sentidos interpretativos posibles que sean conformes con aquel valor.

# LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE FORMA EN EL PROCESO DE FAMILIA SEGÚN EL CCyC

Por **Alejo J. Giles**

## I.

### INTRODUCCIÓN

En octubre de 2014 el Congreso de la Nación sancionó acaso la reforma más importante del derecho privado argentino desde la primera codificación. La ley 26.994 unificó el objeto de regulación de los códigos civil y comercial que regían desde mediados del siglo XIX en un mismo cuerpo normativo, el Código Civil y Comercial de la República Argentina (CCyC).

El nuevo Código introdujo numerosas modificaciones que resultan relevantes para el derecho procesal. Aquí me interesa hacer pie sólo en dos de ellas, luego se entenderá por qué ambas. Una es la regulación de las fuentes y las reglas de interpretación del derecho, ubicada en su Título Pre la liminar, que incide en el modo en que los/as jueces/zas habrán de construir y justificar sus decisiones.

La otra consiste, en líneas generales, en la incorporación a dicho cuerpo normativo de normas de procedimiento, que pretenden indicar cómo deben procesarse en los sistemas de justicia determinadas pretensiones. Esto no es nada nuevo para el derecho argentino dado que las anteriores codificaciones también contenían normas de esta naturaleza. La novedad, sin embargo, radica en la cantidad de aspectos procesales que han pasado a ser regulados por el nuevo Código que antes no eran objeto de ninguna norma de fondo.<sup>1</sup>

En particular me interesa detenerme sobre una de las normas incluidas en el Libro Segundo, “Relaciones de familia”, Título VIII, “Procesos

---

1 Esto ha revivido el debate acerca de la constitucionalidad de la incorporación de normas procesales en los códigos de fondo y de cuáles son los límites dentro de los que ello podría ser correcto. Por cuestiones de espacio no abordaré esa discusión. En todo caso las reflexiones de este trabajo serán pertinentes y aplicables en la práctica sólo para quienes, previamente, entiendan constitucionalmente válidos los preceptos sobre los que se basa. Lo cual está lejos de poder ser dado por sentado.

de familia” (arts. 705 a 723). Se trata del artículo 706, donde el codificador privado establece los que denomina “principios generales” de ese tipo de procesos, a saber: tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente.

Del contenido de ese artículo la proposición normativa que conllevará nuestra atención en adelante se encuentra en su primer inciso. Dice:

(a) *Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables [...] (art. 706, inc. a). (La itálica me pertenece.)*

¿Cómo podemos entender el contenido prescriptivo de esa norma?  
¿Qué impactos tiene (o puede tener) sobre la aplicación de las normas procesales en los procesos de familia?

Ese es el problema intentaré abordar a continuación. Primero haré una breve recreación de la que entiendo que sería la *respuesta tradicional* de la dogmática procesal a la pregunta sobre cómo se aplican las normas procesales (II). Luego, partiendo de la insuficiencia de esa respuesta para responder a nuestra pregunta, esbozaré las alternativas que estimo plausibles (III).

## II.

### LA RESPUESTA TRADICIONAL

A la pregunta sobre cómo se aplican las normas procesales en nuestro sistema procesal suele responderse -permítaseme la síntesis- que se aplican sin ambages. Le llamaré a esta *respuesta tradicional*.

En los cursos de derecho procesal comúnmente se enseña que el proceso civil consiste en una serie de actos que se desenvuelven progresivamente en el tiempo con la finalidad de resolver un conflicto mediante un juicio de autoridad.<sup>2</sup> Las condiciones de modo, lugar y tiempo de esos actos son definidas a través de normas: las normas procesales o *de*

---

2 Como ejemplo, ver la definición que sobre el punto nos brinda Couture (1962: 121-2).

*forma*. Ellas indican los pasos que las personas habrán de seguir para ingresar su conflicto en el sistema de justicia y obtener de él una decisión que lo “resuelva”.<sup>3</sup>

Hasta ahí el enunciado podría servir para describir, con matices, cualquier sistema procesal: todos tienen ciertas normas (expresas o tácitas) destinadas a definir cómo debe darse el debate. Las particularidades del nuestro, en ese aspecto, surge de la función que se le asigna a las normas de forma dentro del mismo.

Suele enseñarse, también, que en nuestro sistema rige el *principio de legalidad de las formas*. Su contenido expresa las particularidades de las que hablamos. Indica que la forma procesal es prescripta a través de la ley; que el proceso es una herramienta de debate diseñada por completo por el legislador con el detalle suficiente para identificar cada paso desde su comienzo hasta su final; y que la autoridad judicial debe seguir indefectiblemente esas reglas de orden (ni ella ni las partes pueden alterarlo, excepto cuando la misma ley les permita hacerlo).<sup>4</sup>

De ese modo se dibuja un sistema normativo (de normas procesales) basado sólo en reglas, caracterizadas por su rigidez. El estudio de esas reglas puede dar lugar, eventualmente, a la inducción de principios generales del proceso, utilizados para orientar la interpretación de preceptos oscuros y llenar las lagunas del ordenamiento.<sup>5</sup>

Así concebido, el sistema resguarda dos valores considerados neurálgicos por el liberalismo decimonónico: la certeza y la igualdad formal de las partes. La tradición del derecho civil considera a la certeza como un valor supremo e inalterable (Merryman y Pérez Perdomo, 2014: 91 y ss.).

---

3 La idea de la decisión final del proceso como “resolutoria” de un conflicto suele estar presente en las reflexiones sobre la actividad jurisdiccional. Sin embargo, no faltan voces que ponen en cuestión la raíz empírica de esa afirmación.

4 Véase, entre otros, Palacio (1975: 293).

5 Suele hablarse de principios del derecho procesal para referir a aquellas directivas u orientaciones generales que inspiran -o en las que se funda- cada ordenamiento procesal. Tienen como función primordial llenar las lagunas y ayudar a interpretar los preceptos oscuros (véase, entre otros, Palacio (1975: 250 y ss.). La operación de su “descubrimiento” puede sintetizarse así: los principios están en las leyes aunque éstas no lo digan explícitamente; y son identificados por los juristas que las tienen como su objeto de estudio, a través de una operación intelectual de sistematización (Merryman y Pérez Perdomo, 2014: 114).

Se sostiene que esa concepción del valor normativo de las formas fortalece la garantía de defensa en juicio de los litigantes. La forma es considerada como un muro que protege la libertad de la persona frente a la arbitrariedad de parte de otros individuos y del Estado (Palacio, 1975: 294). A los fines de una mejor protección del derecho de defensa en juicio, explica Genaro Carrió, estas normas “no son de aquellas que permiten que los magistrados creen o admitan excepciones a ellos, pues no hay otras excepciones que las previstas en tales normas” (1990: 60).<sup>6</sup>

En ese contexto, la alteración de esas reglas de juego en el desarrollo del proceso es concebida *a priori* como un disvalor en sí mismo, por resultar potencialmente lesivo del valor igualdad y, a la par, poner en duda la imparcialidad del juzgador. Las sorpresas generadas por esas alteraciones resultan inconcebibles.

Cuando la conducta predecible, reglada, de la autoridad judicial entra en contradicción con otros valores, se suele justificar el sacrificio de estos últimos a través de -cuanto menos- dos argumentos: que las normas procesales deben ser conocidas por las partes y que el incumplimiento de una carga procesal implica una tácita aceptación de su consecuencia. Ellos conforman toda una narrativa acerca de *lo que importa* en el desarrollo del procedimiento. Por efecto de esa narrativa se llega a aceptar -como una verdad revelada y sin matices- que el contenido de las sentencias se conforma no sólo por las consecuencias jurídicas que el derecho de fondo manda a aplicar a los hechos que conforman un conflicto, sino también por la conducta observada por las partes durante el desarrollo del procedimiento, incluso cuando ella -como suele suceder- se convierte en el factor determinante de la solución.<sup>7</sup>

Al mismo tiempo que el sistema protege aquellos valores, y como consecuencia de esa decisión, también promueve (no siempre con éxito) la consolidación de una *racionalidad formalista* en quienes desempeñan la función jurisdiccional; su principal preocupación en la gestión de los

---

6 “Sin orden y seguridad, cabe sostener, no hay proceso disciplinado que garantice y dé firmeza a los derechos de las partes” (Carrió, 1990: 60).

7 Véase, en esos términos, Palacio (1975: 25).

conflictos pasa por el cumplimiento cabal del orden de debate establecido por el legislador. Así se ve que las normas procesales, la dogmática desarrollada sobre ellas y las conductas de los operadores judiciales son factores imbricados: en su influencia mutua se explica el funcionamiento del sistema.

Claro está que el formalismo procesal -llamémosle así a la combinación de los factores que acabamos de reseñar- no es una fatalidad, como tampoco es un rasgo políticamente neutral. Es, mas bien, una opción política por la cual se deciden proteger con celo ciertos valores y expulsar de los márgenes del sistema procesal a otros. Lo cual suele ser difícil de advertir para la ciencia jurídica dada la pretensión de neutralidad ideológica que impera en los discursos que la conforman.<sup>8</sup>

El formalismo ha dejado su huella en los sistemas procesales definiendo cierto sistema de fuentes del derecho procesal, cierto método de interpretación y aplicación de las normas procesales y ciertos mandatos implícitos acerca de cómo debe actuar el juez en relación con las formas. Esa definición es idéntica en su sentido a la concepción decimonónica del sistema de fuentes del derecho y de la decisión judicial. Para esa perspectiva, la fuente por antonomasia del derecho procesal es la ley, que prescribe las normas procesales y delimita en detalle el orden que habrá de seguirse en el curso del procedimiento. Los tratados y manuales suelen referir al sistema de fuentes del derecho procesal replicando el sistema de fuentes construido por la doctrina privatista de raíz decimonónica. Su interpretación y aplicación no suele ser abordada como un problema por la doctrina procesalista, que remite generalmente a las pautas generales de interpretación y aplicación de las leyes.<sup>9</sup>

El principio de legalidad de las formas, cuyas características e implicancias dentro del sistema procesal se acaban de describir, ha sido

---

8 Véase Merryman y Pérez Perdomo (2014: 118-9).

9 Véase, por ejemplo, el tratamiento hecho en Alsina (1956: 80 y ss.). Si bien esta es una premisa sostenida con insistencia, procesalistas como Chiovenda han marcado matices, proponiendo un método de interpretación que se haga cargo de la progresión histórica de "las condiciones morales, políticas y sociales del tiempo" (citado en Palacio, 1975: 66).

relativizado -con moderación- por la doctrina procesalista, introduciendo algunas matices a la descripción realizada antes. Una de las doctrinas que logró ese cometido, la que más interesa para el objeto de este trabajo, es la del *exceso ritual manifiesto*. Según ella, la conducción meramente ritual del proceso puede dar lugar a una violación de la defensa en juicio, lo que la hace reprochable (Oteiza, 2003: 27-8). El ritualismo, en esos términos, se trata de un “abuso en el uso” de las formas, “transgrediendo su finalidad” (Bertolino, 2003: 71 y 178).

### III.

#### **BUSCANDO UNA RESPUESTA ALTERNATIVA**

III. 1. El recorrido realizado hasta aquí nos permite sostener, en un primer lugar, que la *respuesta tradicional* sobre cómo se aplican las normas de forma resulta insuficiente para resolver el problema introducido por el artículo 706 del CCyC. Ello puesto que se apoya en la negación de la posibilidad de que una norma de forma entre en contradicción con cualquier otra norma y por lo tanto pueda ser matizada o dejar de aplicarse. El proceso en tanto orden reglado estaría diseñado con el detalle suficiente para identificar cada paso desde su comienzo hasta su final, sin que una de esas normas de orden pudiera contradecir a otra ni entrar en colisión con otra clase de normas. No se plantea la posibilidad de que los jueces se encuentren con caminos bifurcados al momento de conducir el procedimiento: la norma procesal se debería encargar -precisamente- de marcar el único camino hacia el destino buscado.

Pero aquel presupuesto ha sido puesto en crisis por la norma que analizamos. Por ende, es necesario buscar respuestas alternativas.

Establecer como lo hace el artículo 706 que “las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia” necesariamente implica, para empezar, dar por sentada la posibilidad hipotética de que, en ciertos casos concretos, existan *distintos modos* de aplicar las normas que rigen el procedimiento sin que todos

resulten aptos para facilitar el acceso a la justicia.<sup>10</sup>

Según esto pareciera que para cumplir con esa norma los/as jueces/zas deberían procurar descartar la aplicación de normas procesales que atenten contra aquel valor (facilitar el acceso a la justicia), optando por otros modos posibles. En principio detectando la situación de contradicción entre cierto modo de aplicación de una norma de forma y aquél. Luego aplicándola de un modo compatible.

Pero esa primera aproximación no es suficiente para disipar los problemas interpretativos que plantea la norma.

Primero es necesario convenir qué quiere decir la norma con “facilitar el acceso a la justicia”. Propongo leerla a la luz del Título Preliminar del CCyC, donde se establecen las fuentes del derecho y sus reglas de interpretación. Allí se prescribe que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta, entre otros factores, los principios y valores jurídicos. Entiendo que la expresión analizada debe entenderse como tal. En tanto mandato de optimización, según la concepción de Robert Alexy, los jueces/zas deben perseguir, al aplicar las normas procesales, garantizar en la mayor medida posible el acceso a la justicia.<sup>11</sup>

La expresión “aplicar de modo de...” también necesita ser precisada. Como es sabido, el razonamiento jurídico es una operación intelectual compleja. La aplicación de las normas jurídicas supone, cuanto menos, un paso previo: su interpretación. Es preciso adscribirle un sentido a esas normas para luego aplicarlas.<sup>12</sup> Considerando ello se advierte que el cumplimiento de la prescripción estudiada (“aplicar de modo que”) requiere situarse, en un principio, en la instancia interpretativa y partir de que las normas pueden tener más de un sentido. De esos sentidos, los/as

10 Si se supusiese que existe siempre un único modo de aplicar esas normas, entonces no tendría sentido calificarlo; el modo aplicable tendría que ser ese único posible. Pero no es así como prescribe la norma analizada.

11 Para Alexy los principios son *mandatos de optimización*, “[...] normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”, y que por lo tanto pueden ser cumplidos en diferentes grados: todo ello está determinado por un juicio comparativo con sus opuestos (1997: 86). Las reglas, en cambio, son normas que sólo pueden ser cumplidas o no serlo; contienen determinaciones que *per se* indican lo que es fáctica y jurídicamente posible (1997: 87).

12 Sobre argumentación y decisión judicial, véase Atienza (2013), Douglas Price (2012), Lorenzetti (2008), entre otros.



jueces/zas deberán seleccionar aquél (o aquéllos) cuya aplicación cumpla el objetivo buscado (“facilitar...”), descartando aquél (o aquéllos) que no lo haga. Esta es una estructura de razonamiento similar a la denominada *interpretación conforme*, prevista expresamente por el artículo 1 del CCyC.<sup>13</sup>

Además de ese punto, sigue quedando un problema sin resolver. ¿Qué sucede cuando ninguno de los sentidos asignables razonablemente a una norma sean conformes con el objetivo buscado por el artículo 706?

En ese caso se trataría de una colisión entre normas, una norma de forma y un principio. Para resolverla una de las opciones posibles es la que propone el jurista alemán recientemente citado, el *juicio de ponderación*.<sup>14</sup>

Dado que las colisiones de las que hablamos aquí se producen, típicamente, entre una norma procesal y un principio constitucional, la estructura de ese juicio racional puede ser aplicada enteramente a lo que nos ocupa. En esos supuestos se presenta, *a priori*, un panorama normativo similar al siguiente: (a) una norma procesal asigna una consecuencia; (b) esa consecuencia lesiona el acceso a la justicia. Siguiendo la estructura de la ponderación para resolverlo se debería: (1) identificar los principios que sustentan la aplicación de la norma (a); (2) identificar su grado de insatisfacción; (3) identificar el grado de insatisfacción del principio (b); establecer si la importancia de satisfacer el principio correspondiente a (a) justifica la insatisfacción del principio (b).

III. 2. La aplicación de la norma analizada, con los alcances que se proponen aquí, tiene importantes efectos sobre la concepción tradicional del sistema de normas procesales y sus reglas de interpretación y aplicación.

Supone pasar de un esquema rígido de normas de forma, tallado por el principio de legalidad de las formas como vimos antes, a un sistema en el que éstas, bajo ciertas circunstancias, deben ser flexibilizadas en procura de

13 Véase Atienza (2013: 219 y ss.), donde se recoge la explicación de Riccardo Guastini al respecto. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido la necesidad de interpretar de ese modo (véase Fallos: 261: 36, consid. 2 y sus citas).

14 El juicio consiste en establecer una jerarquía entre los principios que se encontrasen en conflicto, aplicable sólo al caso concreto. Esa jerarquía, explica Guastini, es axiológica y móvil. Es axiológica en tanto crea una relación de valores mediante un juicio comparativo, atribuyéndole a cada uno cierto peso y haciendo prevalecer al que mayor peso tenga. Es móvil dado que la relación de valores muta de caso en caso: la jerarquía vale para un caso concreto pero que puede ser revertida en otros (Guastini, 2007: 636).

la satisfacción de un principio. De dos maneras: o bien descartando sentidos interpretativos posibles, o bien prescindiendo de aplicarlas cuando ninguno de los sentidos razonablemente asignables fueran compatibles con “facilitar el acceso a la justicia”.

Bajo esa óptica parece perder peso aquel relato según el cual el sacrificio de todo valor en protección de la certeza y la igualdad podría ser plenamente justificado en todos los casos. Introducir el acceso a la justicia como un principio a perseguir en la aplicación de las normas de forma supone, cuanto menos, que ese relato admita ser opacado por otras consideraciones a realizar por la autoridad judicial. La construcción del principio de legalidad realizada por la dogmática procesal tradicional aparece así tensionada por la idea de la función judicial como plataforma para garantizar el acceso a la justicia.

No deja de verse que la ruptura con la rigidez absoluta de las normas de forma introduce un riesgo en el sistema. El aumento de la discrecionalidad judicial podría llevar a soluciones disvaliosas, como la pérdida de la imparcialidad de los/as juzgadores/as o la lesión a la igualdad y la seguridad jurídica de las partes procesales. Sin embargo ninguna de esas consecuencias son imposibles de evitar en la medida en que se coloque sobre ellos/as una elevada carga argumentativa, como sucede con la ponderación de principios constitucionales en general.

De ese modo quizá se pueda avanzar hacia la construcción de un sistema procesal civil compatible con la configuración actual del derecho al debido proceso.<sup>15</sup>

#### IV.

#### PROPUESTAS

En virtud de lo desarrollado se proponen los siguientes puntos:

1. El artículo 706 del CCyC establece reglas de interpretación y aplicación de las normas de forma para el proceso de familia que implican

---

15 Tal como invitaba a pensar Eduardo Oteiza en *El debido proceso. Evolución de la garantía y autismo procesal* (2003: 4-5).

una reformulación de la concepción tradicional acerca del sistema de normas procesales y su interpretación y aplicación, a través de una matización del principio de legalidad de las formas tal como fue construido.

2. Esa reformulación consiste, por un lado, en imponer una *interpretación conforme* con el acceso a la justicia de las normas procesales. Por el otro, en la aplicación del *juicio de ponderación* cuando no se encuentren interpretaciones posibles que sean conformes con aquel valor.

## V.

### BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert (1997), *Teoría de los derecho fundamentales*. Madrid, primera edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ALSINA, Hugo (1956), *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Tomo I. Buenos Aires, segunda edición: EDIAR.
- ATIENZA, Manuel (2013), *Curso de argumentación jurídica*. Madrid, primera edición, Editorial Trotta.
- BERTOLINO, Pedro J. (2003), *Exceso ritual manifiesto*. La Plata, segunda edición, Librería Editora Platense.
- CARRIÓ, Genaro R. (1990), "Exceso ritual manifiesto y garantía constitucional de la defensa en juicio". En *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* N° 7, España. Págs. 57-77. Disponible online en: <http://dialnet.unirioja.es/download/articulo/1050537.pdf>.
- COUTURE, Eduardo J (1962), *Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, tercera edición* (póstuma), Ediciones Depalma.
- DOUGLAS PRICE, Jorge Eduardo (2012), *La decisión judicial*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni.
- GUASTINI, Riccardo (2007), "Ponderación: un análisis de los conflictos entre principios constitucionales", en *Palestra del Tribunal Constitucional*, Año N° 2, N° 8, agosto de 2007, Lima. Palestra Editores SAC.
- PALACIO, Lino E. (1975), *Derecho Procesal Civil*, Tomo 1 "Nociones generales". Buenos Aires, segunda edición, Editorial Abeledo-Perrot.
- MERRYMAN, John Henry; PÉREZ PERDOMO, Rogelio (2014), *La tradición jurídica romano-canónica*. Ciudad de México, tercera edición en español: Fondo de Cultura Económica.
- LORENZETTI, Ricardo L. (2008), *Teoría de la decisión judicial: fundamentos de derecho*. Santa Fé, primera edición. Rubinzal-Culzoni.
- OTEIZA, Eduardo (2003), "El debido proceso. Evolución de la garantía y autismo procesal", en Azaí [Coord.] *Debido Proceso*, Santa Fe: Rubinzal Culzoni.