

**XIX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL
TERMAS DE RIO HONDO – SANTIAGO DEL ESTERO –
ARGENTINA**

14,15 y 16 de Septiembre de 2017

Comisión TEMA 1. (Proceso civil) Incidencia del Código Civil y Comercial en los Códigos Procesales Civiles y Comerciales de la República. Proceso de familia

Tema: **EL DEBIDO PROCESO EN EL DERECHO DE FAMILIA**

Autora: **Gutiérrez María de los Ángeles**

Dirección: Santa Fe 3221, San Miguel de Tucumán, Tucumán (CP 4000)

Tel: 0381-4232670 – 0318-155335528

Mail: mariagutierrezylm@gmail.com

Síntesis de la propuesta: En este trabajo se tratará de establecer cuál sería el debido proceso de familia, teniendo en cuenta las normas del nuevo Código Civil y Comercial y la conflictividad de las familias en la actualidad. Será necesario atender a los principios de los procesos de familias y a los nuevos roles que involucran a las personas con capacidad restringida, a los niños y adolescentes, las partes y el juez.

EL DEBIDO PROCESO EN EL DERECHO DE FAMILIA

Introducción

El debido proceso, en tanto es un principio general del derecho, se encuentra presente en el orden jurídico como una garantía necesaria para el buen funcionamiento de la justicia, sirviendo de resguardo para todos: los que peticionan y los que imparten justicia.

Ahora bien, siempre se ha centrado la atención en el debido proceso penal, para evitar lesionar los derechos de personas en especial por la aplicación de penas que implican limitar la libertad de los ciudadanos. De allí, nuestro artículo 18 de la Constitución Nacional que reza: *Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos.*

Estos postulados pueden aplicarse al derecho de familia de manera parcializada, como es el caso de la ley anterior a los fines del reconocimiento de los derechos, el juez natural de la causa y el derecho a la defensa en juicio. Pero en sí nada nos dice en relación al debido proceso en instancias civiles que versan sobre los derechos de familia.

Por otro lado, la Convención Americana de Derechos Humanos, va a exponer en su artículo 8 las garantías judiciales, al establecer que:...*“ 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 por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”*... Esta normativa internacional, nos proporciona un marco más claro para delinear el debido proceso de familia, ya que incluye el derecho a ser oído en un plazo razonable.

En la mayoría de los códigos de procedimientos del país, los procesos de familias se encuentran incluidos dentro de los procesos civiles en general, ya que no se vislumbraba la necesidad de normas diferenciadas. Comúnmente, se puede observar que los procesos de familias se caracterizaban por ser sumarios o sumarísimos (alimentos, régimen comunicacional, cuidado personal, autorización para contraer matrimonio) y algunos ordinarios (divorcio y disolución de sociedad conyugal). Se advierte,

en algunas de las competencias mencionadas, que lo que se busca es dirimir los pleitos de la manera más rápida posible, evitando dilaciones que pudieren afectar el bienestar familiar. Ahora bien, el modo de encarar los procesos no nos ayuda para desentrañar el arduo tema del debido proceso en los casos de familia.

Por lo tanto, es necesario, a la luz de nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, analizar cuál sería el debido proceso en el derecho de familia, por lo que a continuación se expondrán de manera comparativa los principios procesales del derecho civil, cotejándolos con los nuevos principios del derecho de familia.

Desarrollo

➤ Principios postulados en el Código Civil y Comercial

Lino Palacio¹, consideró a los principios procesales del derecho como aquellas directrices u orientaciones generales que inspiran cada ordenamiento jurídico. Marcando el autor entre sus finalidades la de ser instrumentos interpretativos de inestimable valor.

El nuevo Código Civil y Comercial en su artículo 706, va a determinar que es necesaria la implementación de principios específicos para el derecho de familia, enumerándolos de la siguiente manera: tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente.

Como se puede observar, estos postulados distan considerablemente de los tradicionales principios del derecho procesal civil, que pone mayor atención en el carácter dispositivo de la actividad de las partes, la

¹Palacio, Lino Enrique. Derecho Procesal Civil. Tomo I. Segunda Edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Año 1994, pag. 250.

bilateralidad del proceso, la realización de actos procesales mediante la utilización de la escritura, la publicidad de los expedientes, la preclusión, la economía procesal y la adquisición de los medios de pruebas de las partes.

Ahora bien, puesto que el nuevo derecho de familia toma distancia de estos principios generales, podríamos esgrimir como presupuestos, el hecho que son relaciones jurídicas diferentes, caracterizadas por la familia como centro de protección, donde el paradigma de los derechos humanos marcó un cambio sustancial en esta rama del derecho, lo que torna necesario una protección especialmente garantizada.

Por otro lado, cabe resaltar que, aún cuando los principios del proceso de familia podrían ser interpretados como garantías que deberían estar presentes en todos los procedimientos necesarios para arribar a la resolución final, dichos principios, sin embargo, no pueden ser entendidos como derechos en sí. De allí que Ferrajoli distingue entre los derechos y sus garantías, *...“en virtud del principio de legalidad como norma de reconocimiento de las normas positivamente existentes; la que obliga a reconocer que los derechos existen si y sólo si están normativamente establecidos, así como las garantías constituidas por las obligaciones y las prohibiciones correspondientes existen si y sólo si también ellas se encuentran normativamente establecidas”*². Consecuentemente, cabría la posibilidad de interrogarse si la observancia de estos principios pueden o no tornarse obligatorios en relación a los procesos de familia.

Los principios enumerados por el artículo 706, se dividen entre los que podrían ser de incumbencia más exclusiva del juez en un rol participativo (tutela judicial efectiva, oficiosidad, oralidad, inmediatez) y los que serían de incumbencia de las partes (buena fe y lealtad procesal y acceso limitado al expediente).

²Ferrajoli, Luigi. Derechos y Garantías. La ley del más débil. Editorial Trotta S.A., Madrid, año 2004, Pag. 63.

- La aplicación de los principios en procesos concretos.

Es necesario evaluar la posibilidad de la aplicación de estos principios en los casos concretos en general, ya que nos dará una pequeña visión de los obstáculos que se presentan en la cotidianeidad.

En ciertas provincias se estableció la mediación prejudicial obligatoria para ciertos casos de familia: en especial, aquéllos cuya pretensión es de carácter estrictamente patrimonial. La mediación en casos de familia surge como un afán de buscar soluciones más rápidas, efectivas y que tengan como finalidad que los litigantes lleguen a un acuerdo beneficiosos para el núcleo familiar.

En la Provincia de Tucumán, la ley de mediación obligatoria, por ejemplo, establece que la mediación en sí es previa a la habilitación de la instancia judicial en los procesos de régimen comunicacional, alimentos, cuidado personal, liquidación de la sociedad conyugal, como método de solución alternativa. Según las estadísticas del año 2016³, los acuerdos de mediación llevados a cabo en el fuero de familia serían alrededor de 1275, representando un 70% de total de mediaciones, habiendo solo fracasado el 30%.

Ahora bien, es necesario recordar que ese acuerdo debe ser homologado judicialmente para tener fuerza de ley entre las partes cuando lo convenido comprometen los derechos de niñas, niños y adolescentes; y aquí es donde aparecen algunos obstáculos para la aplicación de los principios que propone el nuevo Código.

Ocurre muchas veces que por diversas situaciones, los acuerdos no son homologados y en el ínterin, pueden ser objeto de incumplimientos o de modificaciones, entonces ¿frente a qué proceso de familia nos hallamos? Normalmente, se denuncian los incumplimientos y o las modificaciones, a lo

³ <https://www0.justucuman.gov.ar/centromediacion/images/informe2016.pdf>

que por el principio de bilateralidad se debe poner dicho incumplimiento en conocimiento de las contraria, pero ¿en qué instancia procesal se está presente?

Es en estos casos, donde se deben determinar pautas procesales a los fines de determinar cuál es el camino a seguir, que puedan servir de guías para solucionar la conflictividad familiar. Caso contrario estaríamos ante la presencia de procesos anómalos, que tienden a tornarse interminables y que agudizan la problemática de quienes intervienen en el litigio.

Aquí es donde es atinado señalar que los principios procesales mencionados por el nuevo código, se ven desdibujados en la cotidianeidad. Sin embargo, la manera de resolver estas cuestiones es la de insertar normas claras en cada uno de los Códigos Procesales de las Provincias.

Los jueces deben, a partir del rol de director del proceso, garantizar el acceso a la justicia de las personas, y para ello será imperiosa la agilización de los litigios a fin de dar soluciones acordes a cada caso. De allí que, es que se tengan que *acotar los procesos, concretarlos en menos actos procesales, reducir los plazos y asegurar la efectividad de lo resuelto.*⁴

Por otro lado, en los litigios de familias intervienen diversos destinatarios de derechos, ya no nos encontramos ante el clásico proceso bilateral, donde las partes tenían el rol de actor o demandado. La modificación legal trajo aparejada, por un lado, la ampliación del concepto de familia tradicional, (en la actualidad se pone la atención en los referentes afectivos de la personas más que en los vínculos jurídicos legales); y por el otro, se les otorgó participación activa a las personas con capacidad restringida, y a las niñas, niños y adolescentes.

⁴Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Lloveras Nora. Directoras Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014. 1ra Edición. Editorial RubinzalCulzoni. Santa Fe, año 2014. Pag. 430.

Por lo tanto, la multiplicidad de intervinientes en el proceso genera también la participación de letrados especializados que asesoren, de manera especial, a los colectivos más vulnerables. De allí que, será ineludible la designación para cada caso en particular de abogados de niñas, niños y adolescentes y de personas con capacidad restringida. A ello debe sumarse, la imperiosa necesidad de que en los procesos de familia intervenga un equipo interdisciplinario, a los fines de lograr un abordaje que coadyude a la solución de la conflictividad familiar.

Entonces se plantea un interrogante: ¿cómo lograr la participación de todos los que deben intervenir en los procesos? Aquí es donde los principios de oralidad e intermediación adquieren relevancia. En el debido proceso de familia debería convocarse a audiencias, para que todos los interesados participen activamente en la búsqueda de soluciones a la problemática planteada; y cuando ello no sea posible, podrían establecerse períodos probatorios breves, a fin de concluir los procesos en el menor tiempo posible.

Se torna imperativo, en algunas circunstancias, que las audiencias sean llevadas a cabo de tal manera que no generen mayor vulnerabilidad a quien/quienes se deba/n proteger; sea el caso de niños, personas con capacidad restringida o personas adultas víctimas de violencia o abandono. Si el caso lo amerita; la/s audiencia/s podrían realizarse en días y horarios distintos, pero siempre escuchando a todos los involucrados, a fin de evitar lesionar los derechos de defensa en juicio y bilateralidad procesal, caso contrario se daría lugar a la nulidad de todo el proceso, con lo que se agudizarían aún más los problemas familiares.

La presencia de los jueces durante la realización de las audiencias, motiva en muchos casos la búsqueda de una solución momentánea o definitiva de la conflictividad suscitada. La cercanía entre las partes y el juez indefectiblemente modifica la percepción del problema familiar, obviamente no en todos los casos. Es conveniente planear las audiencias con la

presencia de juez. De no ser así, existen más posibilidades de no hallar soluciones armoniosas para el conflicto, a la vez que el incumplimiento de las facultades legales del juez podría, además de lo ya dicho, dar cabida a eventuales nulidades procesales.

Por otro lado, es necesario que todos los letrados que intervengan en los procesos de familia tengan cabal conocimiento de lo acontecido durante las audiencias, para lo cual se podrá optar por la utilización de Cámara Gesell; o por poner en conocimiento del profesional actuante el acta de audiencia labrada en presencia del secretario actuarial. Pero debe dejarse en claro que lo mencionado durante estas audiencias, se engloba dentro del secreto profesional, por lo que no puede ser expuesto en ningún ámbito ni utilizado en desmedro de cualquiera de los intervinientes en el proceso. Todo ello implicaría el cumplimiento del principio de buena fe y lealtad entre los partícipes del proceso de familia.

El rol del juez de familia, dista considerablemente del típico juez civil, ya que su participación en el proceso es dinámica, por el principio de oficiosidad. Ahora, el juez de familia tiene la posibilidad de impulsar el proceso a fin de proteger los derechos de los intervinientes, lo que puede implicar la producción de nuevas pruebas, medidas saneadoras, claramente medidas cautelares, etc. Sin embargo, el límite de esas potestades está marcado por el principio dispositivo, que indica que no se puede suplir la negligencia en el impulso procesal a cargo de algún/os de los interesados, especialmente cuando no esté en juego la protección de los derechos de personas en situación de vulnerabilidad.

Por otra parte, también es conveniente señalar que el nuevo Código Civil y Comercial, concede a los jueces mayor discrecionalidad para la resolución de los conflictos familiares. Así, en orden a evitar decisiones eventualmente arbitrarias, deviene ineludible la fundamentación minuciosa de las sentencias, que no deben tan sólo mencionar los hechos y los planteos de las personas que intervienen sino, que, además de mencionar el derecho que se aplica al caso, justificando las razones de dicha aplicación.

Caso contrario el principio de tutela efectiva se diluye y se pierde, lesionando aún más los derechos de las personas.

Por último cabe mencionar que, tanto los jueces como los letrados, deben adquirir capacitaciones constantes en derecho de familia a fin de lograr operadores con especialización en la materia. Los conflictos que se plantean en el seno de una familia, solo podrán ser resueltos, si quienes asesoran y quienes imparten justicia son realmente personas idóneas y competentes.

Reflexiones finales

Como se mencionó a lo largo de esta ponencia, en la actualidad el debido proceso de familia se encuentra delineado por pautas determinadas en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, cuyas normas ayudan para que las partes y los operadores de la justicia de familia tengan en claro el fin que persiguen los distintos procesos y los procedimientos que a ellos se adecúan.

Pero sería prudente que cada provincia pueda diseñar normas procesales específicas para el derecho de familia. Como se analizó los principios y normas clásicos del derecho procesal civil, no pueden ser utilizadas –sin una previa adecuación- en las cuestiones de familia, donde la trama misma de la problemática requiere la utilización de medios interdisciplinarios aptos para resolver los conflictos.

Dentro de las normas procesales de familia se deben enfatizar los procedimientos sumarísimos, a fin de que en el menor plazo posible quienes litigan obtengan una sentencia fundada y ajustada a derecho. Los medios probatorios deben ser laxos, pero producidos en el menor tiempo posible salvo que la complejidad del caso requiera de un plazo mayor, lo cual debería ser la excepción y no la regla.

A los jueces y los letrados les atañe el compromiso en la búsqueda de soluciones pacíficas a los problemas familiares, evitando en lo posible la agudización de los conflictos por los que atraviesan las personas.

El debido proceso de familia, en definitiva, tiene como meta el camino procesal más breve posible pero que mayor protección les otorgue a los justiciables. El fin de toda normativa es la satisfacción de los derechos de las personas o el reintegro en el goce de los mismos.