

## VISION SISTEMICA SOBRE LOS PROCESOS DE FAMILIA

Por Jorge A. Rojas

### **1.- INTRODUCCION**

Si existe un ámbito en donde se destaca el avance que ha generado el nuevo código unificado es precisamente en el derecho de familia. Esto parte del reconocimiento de una realidad que por avasallante resulta incontestable.

Desde luego que se pueden encontrar algunas diferencias, pues como toda obra humana es perfectible. Entre esas, una de ellas resulta notoria, y consiste en la gran proliferación de normas de índole netamente procesal que contiene este nuevo cuerpo legal.

Si bien es reconocida la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que admite su inclusión dentro de un ordenamiento de carácter sustancial, no es menos cierto, que la Corte ha establecido como parámetro a esos fines la operatividad de un determinado instituto. En este caso, el fenómeno se da a lo largo de todo el código.

No obstante, es de destacar que se aprecia en el nuevo código una metodología de trabajo que permite advertir que el mismo propende a establecer lineamientos generales, pues eleva al rango de principios algunas pautas o directrices que evidencian una finalidad inexcusable de observar, aspecto éste que se compadece con el art. 2 del CCyCN.

Este esquema de trabajo, permite un reconocimiento a derechos fundamentales, y además brinda una orientación al legislador para el futuro diseño de sistemas procesales que apropiados para que esos principios cobren vida en la realidad, en tanto las condiciones mínimas así lo permitan, pues no está circunscripta únicamente al ámbito procesal esa operatividad.

Para ello, se requiere un punto de partida que no es otro que tener en cuenta la realidad que se pretende contemplar y regular, y que desde luego en los procesos que hacen al derecho de familia presenta aristas de diverso tipo claramente diferenciables.

Además es conveniente no perder de vista los antecedentes e institutos que provienen del ordenamiento adjetivo actual, para poder ponerlos en correspondencia –si ello fuera posible- con la nueva legislación, de modo de permitir la evolución que se propone desde este nuevo ordenamiento del derecho privado.

## **2.- EL CONFLICTO Y SU DINAMICA**

En el derecho de familia la particularidad que presenta el conflicto, es que tiene una dinámica especial, no solo por las personas involucradas, sus vínculos, su tipología, las particularidades de cada instituto, sino además por la posibilidad de sus escaladas.

No existe una única palabra para definir el conflicto, puesto que se trata de un concepto multidimensional, combinar el razonamiento con las emociones puede ser una manera de acercarnos a la definición del concepto<sup>1</sup>, más allá que sigamos la clásica conceptualización de Cossio como interferencia intersubjetiva de intereses.

Estas circunstancias requieren por sí mismas diversos tipos de atenciones que no pueden quedar circunscriptas, y en eso pone énfasis este nuevo código, en esquemas de razonamiento y manejo que resulten tradicionales pues está comprobada su ineficacia para los tiempos que corren, solo por la simple y sencilla razón que existe otra realidad a contemplar.

---

<sup>1</sup> Redorta, Josep; Aprender a resolver conflictos; Ed. Paidós, Barcelona 2007, p. 14.

Con lo cual, la premisa básica que no puede ser obviada como punto de partida resultará siempre el conflicto, aspecto que venimos señalando como materia prima del derecho procesal para su abordaje apropiado.

Como se puede apreciar, en la letra del CCyCN –entre diversos procesos de índole familiar- se ha contemplado el proceso de divorcio, con la particularidad de poner énfasis en la negociación directa entre los cónyuges, más allá que pueda ser asistida por sus letrados, pero es una nota distintiva la inexistencia de hechos a debatir como causales tradicionales del divorcio, con lo cual un aspecto de esa conflictiva literalmente ha desaparecido, concentrándose ahora en otros aspectos, por ejemplo de neto corte patrimonial.

Para ello hace falta –entre otros aspectos centrales- que los operadores del sistema estén adecuadamente preparados para administrar el conflicto. El énfasis puesto en el manejo del conflicto, ha sido *ex professo* porque se requiere que se utilicen técnicas apropiadas para poder encauzarlo razonablemente, y ello no viene puesto ni por la letra de una norma, ni menos aún por un procedimentalismo que caiga en los moldes ya conocidos.

Esto representaría el camino de un nuevo fracaso. Esto sería, volver a transitar caminos que ya son conocidos, solo que ahora se partiría de la base de una legislación sustancial aggiornada, que ha constitucionalizado derechos de neta índole privada, creyendo que esto por sí mismo puede resultar una especie de solución para una problemática que cada vez resulta más agravada, por las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que se desarrollan.

Ni el juez está posibilitado de trabajar con el conflicto por el diseño del sistema que habilita su intervención actualmente, ni tampoco existe diseñado un sistema de trabajo que permita la atención inmediata de los diversos tipos de conflictos que se presentan en el derecho de familia, salvo parcialmente en algunos aspectos, como por ejemplo sucede con la Oficina de Violencia Familiar creada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por esa razón, es importante tener en cuenta, cuando se hace alusión a la profusión de normas procesales que contiene el nuevo código, que para la operatividad de los derechos conviene escindir los escenarios, pues los derechos se hacen operativos dentro del proceso a través de la conjunción de la norma procesal con la sustancial, que cobra vida merced a la primera.

Esto importa reconocer que ambas están en un pie de igualdad para atender el conflicto dentro de un proceso, y que si se pretende solucionarlo a través de un acto de autoridad, no se puede pensar únicamente en la norma sustancial como mecanismo apropiado a esos fines, sino que requiere indefectiblemente de la norma procesal.

Esta equiparación es importante registrarla, pues generalmente se le da un carácter solo instrumental al derecho procesal, pasando por alto el conflicto en sí mismo, para construir una solución solo desde el derecho sustancial, sin advertir que existen supuestos en los cuales la operatividad del derecho sustancial resultaría totalmente inocua o restringida, como el caso del proceso en rebeldía, o bien el que hace a la operatividad de los sistemas cautelares, aspectos ambos que brindan soluciones concretas que no provienen de la norma sustancial.

Pero aquí no radica la ventaja que ofrece el nuevo código unificado, sino en la apertura que significa cambiar el eje de un posible debate en un proceso de familia, como la inexistencia de los hechos típicos en un clásico divorcio contencioso, que dejó de ser tal, para ponerla por ejemplo en los bienes, abriendo la posibilidad de la negociación, sea directa entre las partes o bien asistida.

Y conviene poner el acento en la negociación dentro del conflicto, pues la norma sustancial así lo propone, por lo que la cuestión que se genera es saber si todos los operadores jurídicos están preparados para esa negociación.

Para ello, no solo hace falta identificar al conflicto, sino saber administrarlo, y conocer su dinámica, para evitar las escaladas que produce, por su propia impronta, que es mucho más notoria en el derecho de familia, por los vínculos que existen y las marcadas confusiones que se generan al punto de transformarse en dilemas.

Sin perjuicio de ello, es de destacar que en el ámbito del derecho de familia existen diversas conflictivas a tener en cuenta, que requieren atención también a través de sistemas diversos, pues no es lo mismo el abordaje de una adopción que el desarrollo de un proceso por alimentos o la liquidación de una sociedad conyugal.

Ya desde aquí se advierten algunas particularidades que permiten distinguir las diversas situaciones que se pueden plantear, desde la existencia del conflicto en sí mismo. Una es su existencia, su propio reconocimiento, su alcance, y los mecanismos que se pondrán en marcha para su abordaje y contención.

Esto es producto de la conducta humana, y como tal, está sometido a diversos efectos provocado por aspectos que escapan a la mera letra de la ley, por lo cual se torna necesario un trabajo interdisciplinario, como el que se fomenta desde el código mismo, pero que no pierda de vista al juez que tiene que intervenir en el proceso, pues una de las variables que se presentan en este tipo de intervenciones es que una de las particularidades que refleja la realidad cotidiana en el quehacer tribunalicio, es que no siempre existen decisiones útiles –como actos de autoridad- precisamente por la dilación que provoca la interferencia interdisciplinaria.

Todo ello no puede quedar a merced de fomentar negociaciones, si no se tienen equipos adecuados para llevarlas a cabo, y sin contar con el apoyo de actos de autoridad que marquen límites precisos para esas negociaciones, que no pueden desarrollarse en desmedro de aquellos que resulten afectados por la situación por la que atraviesan.

De ahí entonces que corresponda deslindar claramente los principios que ha fijado el nuevo código unificado, para permitir así efectivizarlos en la realidad a través de los sistemas que resulten aptos a esos fines, tarea ésta que requiere por lo menos la caracterización de ambos conceptos.

### **3.- LA IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS**

Muchos autores -como Dworkin- identifican a los principios como estándares interpretativos, otros como Cárcova reconoce su raíz hermenéutica, por lo que se advierte la coincidencia que existe en este flanco que presentan los principios.

Más allá de ese aspecto, existe otro que también es contemplado por la doctrina, que consiste en considerar a los principios como directrices o normas fundantes, dándole a esta interpretación una apertura que no signifique su restricción a un precepto escrito, sin perjuicio de que han sido positivizados en muchos casos.

Sirva como ejemplo el principio pro homine, o bien el principio pro actione, y ya dentro de la órbita de cada uno de esos principios, que tienen reconocimiento universal, es cuando comienzan algunas confusiones a partir de la textura abierta que tiene el lenguaje, y la identificación que se haga de ellos.

Esto es así, pues se positivizan en la letra de la ley bajo el rótulo de principios, algunos sistemas que no representan más que formalidades o directivas que imponen un desarrollo determinado. Sirva como ejemplo de ello, la oralidad que así es consagrada en el nuevo Código Civil y Comercial unificado, esto es, como un principio rector –ahora- dentro del proceso de familia.

De tal modo, se puede advertir en el ámbito del derecho procesal, que existe una especie de división que marca, por un lado, al conjunto de normas que se utilizan, exhibiendo desde ellas una visión extremadamente procedimentalista, generando una especie de sistema cerrado, a partir del cual todo debería estar previsto legalmente, porque desde ese sistema se podrían resolver todos los conflictos posibles, aun aquellos que tienen un cariz excepcional.

Y por otro lado, existe otra concepción que –desde mi punto de vista- está representada por sistemas, que tienen otro enfoque, diverso al señalado, precisamente porque el pensamiento sistémico es abierto y permite la integración de los diversos subsistemas que lo conforman, para adaptarlos a la realidad que en cada caso corresponda y del modo que resulte más conveniente, según las circunstancias de tiempo, modo y lugar que se contemplen.

Sin embargo, cualquiera sea la concepción a través de la cual se interprete a los principios y los sistemas, ambos resultarán operativos sobre una realidad que no es otra que el conflicto. Y esos conflictos -conviene tener en cuenta- de ahí la necesidad de una apertura en la concepción del derecho procesal, no siempre se suscitan entre deudor y acreedor, o entre conductas permitidas y conductas prohibidas.

Por el contrario, existe una franja en donde se establecen relaciones entre conductas permitidas y otras conductas que no tienen como correlato la obligación de respetarlas, porque no contempla la ley ningún tipo de prohibición, como puede suceder en los procesos de familia a través de la interacción de los componentes de un grupo familiar.

Por ello, se requiere la creación de nuevos paradigmas, que no sujeten al abogado a la utilización de un solo método para resolver esos conflictos, en la certeza de la efectividad de su preparación para lograr soluciones que resulten apropiadas en cada uno de los supuestos que deba enfrentar.

De tal modo existen diversas interpretaciones sobre lo que constituye un principio, y más aún cuando ese principio es referido a la órbita procesal, lo que ya por sí mismo da una pauta que conforme la clasificación que observemos podemos encontrar distinto tipo de principios.

Y tan así es la situación que se plantea, que podemos encontrar principios que arbitrariamente denominaríamos como culturales, como aquellos principios de vida que hacen al buen padre de familia, o al buen hombre de negocios, los

cuales constituyen estándares interpretativos para resolver situaciones que generan dudas en el seno de un proceso judicial.

Y dentro de esos principios encontramos la actuación ética, como la moral y buenas costumbres, la honradez, como principios también de índole cultural que tiene nuestra formación occidental, con una marcada influencia que se impone hasta desde una creencia religiosa, a través de un catálogo de vida que es observado en gran parte del mundo, no solamente restringiendo esa mirada – por ejemplo- sobre la religión católica.

Los principios que propone la religión musulmana, u otra religión, seguramente podrán ser diversos, sin perjuicio de lo cual ello da la pauta de una familia de principios que si bien tienen vinculación con el proceso, como el principio de moralidad, que aún se sigue concibiendo como un parámetro fundamental cuando se propende a la actuación leal y de buena fe (y que también concibe como tal el nuevo código), tienen una honda raíz cultural.

Pero también existen principios en las ciencias exactas, y en la lógica y esos principios son diferentes a los señalados. Baste señalar -por ejemplo- el principio de identidad, que indica que todo objeto es idéntico a sí mismo; al cual se le opone el principio de contradicción, más propiamente llamado de no contradicción, que indica que un objeto no puede ser y no ser al mismo tiempo, o el de tercero excluido o el de razón suficiente.

Estos principios, tomados a modo de ejemplo, son principios que hacen a la lógica clásica, y son utilizados como contornos que permiten evitar la incertidumbre en el desarrollo del pensamiento, para aventar inconsistencias o falsedades en el razonamiento, podrían ser identificados como principios de carácter científico que además tienen reconocimiento universal.

Por esa razón, es muy difícil una conceptualización que permita una clara identificación de qué cosa significamos cuando aludimos a los principios, no solo por la restricción que importa una definición en sí misma, sino porque el



comportamiento de ese fenómeno que se da en la realidad y que identificamos como conflicto hace que estemos frente a una dinámica muy peculiar que nos enfrenta a cambios permanentes.

A poco de analizar las características que presenta esto que acabamos de describir, surgen algunas respuestas que se condicen más con la temporalidad de esos principios, que muestran así una vida limitada, que con su carácter científico.

Uno de los elementos clave a tener en cuenta para un acercamiento a esta pretendida conceptualización, teniendo en cuenta no solo su posible temporalidad, o su reconocimiento, o su nueva aparición en el mundo del derecho, es que cada uno de estos fenómenos se encuentre positivizado o no.

Un ejemplo sencillo para tener en cuenta en esta línea, serían las cuestiones que emergen del derecho de familia. Cossio enseñaba a partir de su teoría egológica, que el derecho era conducta humana, y vaya si en el ámbito procesal se advierte con claridad la incidencia de la conducta, al punto de ser tenida en cuenta como una regla más dentro de la sana crítica para dirimir una controversia.

Desde el punto de vista teórico, esa nueva realidad, que antes no era tenida en cuenta con la intensidad que hoy reflejan las constituciones, o las convenciones internacionales, o la legislación interna como el nuevo código, hace que se establezcan líneas de acción para contemplar adecuadamente este tipo de situaciones de las que nacen nuevos derechos.

Desde luego que se trata de fenómenos que existían en la realidad, pero que por diversas razones, sean de índole social, política, económica, u otras, que no viene al caso aquí abordar, en nuestro país recién en los últimos tiempos han merecido un reconocimiento y un tratamiento en especial, siendo el ejemplo más elocuente su constitucionalización a partir del '94 materializada a través de tratados internacionales (vgr. la Convención de los Derechos del Niño).

Por lo tanto, cabe inferir de lo expuesto, si desde el reconocimiento de esos nuevos derechos, nacerían nuevos principios, porque se marca un rumbo a seguir por el legislador, que desde luego no puede estar en contra de aquellos preceptos hoy de rango constitucional.

Todo esto conduce a la necesidad de encontrar una aproximación a los conceptos que nos ocupan, para acercarnos a la identificación de qué son los principios y, en este punto consideramos que es importante partir de la base, de encontrar el sentido de la voz principio.

Si un principio es interpretado –siguiendo la concepción Aristotélica- como aquello que nos permite dar comienzo a algo, o un norte, o bien una base o un punto de partida, que nos permite el desarrollo de una actividad, vgr. un principio de vida podría ser la honestidad, de nuestra observancia hacia aquél principio se producirá una consecuencia evidente, que se reflejará –en este caso- en nuestra conducta.

Como se puede apreciar, en esta aproximación que intentamos, tenemos dos frentes claramente divisibles. Por un lado, uno que se coloca al comienzo de algo, pero también un norte que nos está señalando como guía, un camino a seguir. Quiere decir que el principio además de indicarnos el camino a iniciar, también nos está indicando el fin que perseguimos.

Si esto que nos da una idea o aproximación al concepto que nos ocupa, y lo trasladamos al proceso, es fácil advertir que teniendo como fuentes del derecho procesal entre otros a la Constitución, la ley, la jurisprudencia o la doctrina, lo importante a delimitar es desde donde puede venir puesto ese principio.

Por lo tanto, esos principios para el proceso, si acudimos a las fuentes indicadas, y nos remitimos a la más importante de todas, los vamos a encontrar fundamentalmente en nuestra Constitución Nacional, aunque conviene aclarar por el alcance que tienen los Tratados internacionales y, la interpretación que les

ha dado nuestro más Alto Tribunal, al considerarlos equiparados a nuestra Ley Fundamental, que también se desprenden de ellos.

Por ese motivo, siguiendo de cerca a Clemente Díaz, consideramos a los principios –en tanto se encuentren positivizados- como los presupuestos político-jurídicos que determinan la existencia funcional de un determinado ordenamiento<sup>2</sup>.

¿Por qué sostenemos ello? Porque es de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales, donde surgen las pautas que nos permiten inferir la existencia de esos principios, como de esos nuevos derechos que marcan un derrotero que el legislador debe observar y así lo ha materializado en el CCyCN.

El constituyente sostiene como un principio liminar que hace al debido proceso legal, que nadie puede ser penado si no es en virtud de una ley que debe ser anterior al hecho investigado en el proceso, en correlación con el art. 17 de nuestra Ley Fundamental, que señala que nadie puede ser privado de su propiedad si no es en virtud de una sentencia fundada en la ley, aspectos ambos que permiten identificar al principio de legalidad.

Como vemos, estas pautas que hemos llamado “principios”, las identificamos como tales pues derivan de nuestra Ley Fundamental, y constituyen un norte que debe observar el legislador, quien en modo alguno puede dictar una norma contraria a esos fines, pues la propia Constitución lo veda al consagrar el principio de razonabilidad en su art. 28.

En el art. 18 de la Constitución Nacional, también encontramos otros principios genéricos, como el de inviolabilidad de la defensa en juicio, tanto de las personas como de sus derechos, con manifestaciones expresas como por ejemplo aquella que impone la observancia de que nadie está obligado a declarar en contra de sí mismo, aspecto éste que se relaciona con el art. 19 de

---

<sup>2</sup> Díaz, Clemente; Instituciones de Derecho Procesal; Ed. Abeledo-Perrot, T. I, p. 212.

nuestra Ley Fundamental, que consagra el llamado principio de reserva, que resguarda la intimidad y autonomía de una persona.

Existen otros principios, que surgen no sólo en la letra de la Constitución Nacional, como el principio de igualdad, que lo contempla el art. 16 de nuestra Ley Fundamental, sino además los Tratados internacionales a los cuales nuestro país ha adherido, sirva como ejemplo el art. II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, o bien el art. 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que se ve reflejada en el proceso judicial con la posibilidad de que ambas partes estén en igualdad de condiciones ante la jurisdicción, esto importa, la bilateralidad de la audiencia, es decir la posibilidad de que ambas partes sean oídas por la jurisdicción antes de decidir sobre sus derechos e intereses.

De esos tratados internacionales, se desprenden otros principios que hacen al debido proceso legal, como por ejemplo, el que denominaremos “principio de eficacia de la ley”, en virtud del cual la tutela que debe obtener el justiciable debe ser efectiva e inmediata, esto es que la actuación de la ley, no puede colocar en una situación de desventaja, o bien agravar una situación afligente que sufre aquél que reclama por la protección de sus derechos.

En esa línea, por ejemplo del art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, surge la necesidad de que el país implemente un procedimiento sencillo y breve que lo ampare contra la actuación desmedida de la autoridad.

Esto importa la actuación de la ley, con una finalidad esencialmente protectoria, de modo tal que resulte eficaz su aplicación, en el tiempo y en el espacio, aún de modo precautorio, si no estuvieran dadas las condiciones para resolver condenando o absolviendo en el proceso.

La clave para interpretar en todos los casos esos principios, es que sean de la índole que se trate, como culturales, o científicos, o bien procesales, siempre se presentan a través de una sola faceta en la realidad.

Nunca esos principios -aun siendo pertenecientes al proceso- pueden observar una dualidad, pues su inobservancia es la que permite advertir la anomalía que delata la violación al desarrollo del debido proceso legal.

No existe el principio de igualdad ante la ley, y el principio de desigualdad, tampoco existe el principio de legalidad frente a uno de ilegalidad.

Esa dicotomía sí se puede advertir en los sistemas, porque allí es el legislador quien opta por una vía en lugar de otra, por ser más útil, o más conveniente, desde luego con la fundamentación que resulte adecuada, teniendo en cuenta el contexto dentro del cual se desarrollarán, razón por la cual parece oportuno abordar su conceptualización.

#### **4.- ¿QUÉ SON LOS SISTEMAS?**

Esos principios por sí mismos no son suficientes para crear un determinado ordenamiento -en este caso procesal- sino que le sirven de fundamento o sustento suficiente, aunque no estén contemplados en forma expresa en la letra de la ley.

Por lo tanto, mientras los principios vienen puestos básicamente por el constituyente en nuestra Ley Fundamental, sin perjuicio de que pueda precisarlos el legislador en la ley sustancial (como se puede advertir por ejemplo en la Ley General del Ambiente o bien en el mismo CCyCN), los sistemas vienen siempre puestos por el legislador, persiguiendo la observancia de los primeros para su propia validez.

Es por ello, que siguiendo a Clemente Díaz, un sistema debe ser interpretado como “aquellas formas metódicas a través de las cuales los principios cobran vida dentro de un ordenamiento –en este caso procesal- cualquiera”<sup>3</sup>.

Constituyen formas metódicas, pues es la manera que aquellos principios se pueden materializar en la realidad, a través de una determinada estructuración, es decir con un orden determinado, además de formas reales, cumpliendo la función para la que fueron diseñados, de modo tal de permitir su concreción dentro de un ordenamiento.

Ejemplo elocuente de ello, se refleja en el sistema escriturario, por el cual puede optar el legislador, en lugar del sistema oral; o bien, en el sistema dispositivo, en el cual se deja librado al impulso de los interesados el proceso, en lugar del sistema inquisitivo o acusatorio, o bien el de oficialidad en el que la autoridad está interesada en desarrollar las actuaciones, como lo promueve ahora el CCyCN.

Es claro así, que no resulta lo mismo estructurar un proceso escrito que uno oral, seguramente no se pasará por alto que las previsiones del sistema –por el procedimiento a observar- serán diversas en uno y otro caso. Lo mismo sucede con la implementación de cualquiera de los otros sistemas que se señalan a modo de ejemplo<sup>4</sup>.

Esas formas además son metódicas, pues constituyen lo que Grün denomina un subsistema, es decir un conjunto de partes que integran al sistema, que el legislador estimará la mejor forma en que considere estructurarlo, es decir ordenarlas según se distribuyan dentro del sistema sus diversos elementos.

---

<sup>3</sup> Díaz, Clemente; Ob. cit., p. 298.

<sup>4</sup> De ahí las dudas que genera la proliferación de normas procesales en este nuevo cuerpo legal, ya que podría interpretarse un avasallamiento a las autonomías provinciales a la luz de las previsiones de los arts. 5 y 121 de la Constitución Nacional. Solo la organización de una justicia oral (aunque se restrinja al ámbito de familia), significa –desde el punto de vista sistémico- un desarrollo tecnológico especial, más allá de la preparación de los restantes insumos, con la repercusión económica que ello importa para cada una de las provincias.

Mientras que la función que cumplen estos sistemas –tal como señala Falcón-sirva para designar toda aquella acción o actividad que desarrolla el sistema o cualquiera de sus partes o elementos, conducentes al logro de los objetivos previstos.

Así, dentro del sistema “proceso ordinario”, encontramos diseñados una serie de subsistemas como el probatorio, el recursivo, el cautelar, etc., que pueden ser identificados como subsistemas dentro de aquél, pero que por sus particularidades tienen un determinado comportamiento, que puede ser diverso en otro tipo procesal (vgr. el juicio sumarísimo, que tiene otras características como sistema y a su vez en cada uno de los subsistemas que lo integran).

Esta visión más abarcativa -por su amplitud- del proceso judicial, nos permite advertir la existencia y origen de aquellos que llamamos principios, como fuera señalado en este caso, para el proceso, por oposición a sus derivados que constituyen sus sistemas de implementación, pero además advertir que no solo del Derecho Procesal pueden provenir las vías adecuadas para la operatividad del nuevo ordenamiento civil.

## **5.- VISION SISTEMICA PARA LA OPERATIVIDAD DEL NUEVO CODIGO**

Si se tienen en cuenta los aspectos precedentes, se puede advertir que la importancia que tienen los principios que se han sentado en el art. 706 del CC yCN radica en su elevación a esa categoría de pautas de trabajo que tenían que ver en algunos casos con sistemas, como la oralidad o la reserva de las actuaciones, mientras que otros ya eran reconocidos como tales a partir de la interpretación que hizo la Corte Suprema de la letra de las convenciones y tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad, como el caso de la tutela judicial efectiva, o el principio de buena fe también universalmente reconocido, claro que esto por sí mismo no resulta suficiente para el andamiaje de un proceso de familia, ni menos aun caer en el diseño de

un proceso de conocimiento tradicional pues ello iniciaría el camino hacia un nuevo fracaso.

De ahí que resulte conveniente una mirada sistémica sobre la realidad, que al ser más amplia permita individualizar los diversos factores que coadyuvarán al diseño de los sistemas que resulten más apropiados para la atención de esta conflictiva y sobre todo su viabilidad.

Para ello conviene tener en cuenta entre otros aspectos que resultan básicos los siguientes:

*¿Qué tipo de conflictiva es la que se procura atender?*

No es lo mismo atender un conflicto suscitado entre cónyuges con motivo del acuerdo disolutorio de la sociedad conyugal, en el cual la divergencia se plantea en relación al carácter ganancial o propio de determinados bienes, que los recaudos que se deben observar para dar en adopción a un niño.

Tampoco es igual el debate que se puede generar respecto a la divergencia que suscite la tenencia de un menor, con el que es producto de un reclamo por alimentos, o bien por una compensación originada por el divorcio mismo, como ahora contempla el nuevo código.

*¿Se persigue instaurar a la negociación como un mecanismo concreto de resolución de conflictos?*

Para ello –casi resultaría perogrullesco señalarlo- se requiere de la formación apropiada de los operadores jurídicos. Es importante tener registro que en la formación del abogado desde hace muchos años cada vez se enseña menos Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, circunstancia ésta que va en desmedro del funcionamiento del sistema judicial, simplemente porque los operadores no resultan totalmente idóneos para el manejo del sistema que contempla el propio Código Procesal.



Si a eso se le adiciona que prácticamente no existen materias que propendan a la formación en negociación, pues en la misma Casa de Estudios, al igual que sucede con el Derecho Procesal, se enseña una materia con carácter obligatorio de cuatro meses, con lo cual se debe presumir que el abogado está preparado en el manejo de negociación.

Tampoco se prepara a los operadores jurídicos en materias afines, como el manejo de pautas básicas de psicología, ni en materias afines con el abordaje y la administración de conflictos, ni menos aún prácticas concretas en negociación, con lo cual los operadores tienen como única referencia que el límite que les brinde la “cristalización” del conflicto a través de un proceso de conocimiento, para detener en el tiempo algo que tiene una dinámica propia que no responde a los parámetros de un proceso judicial clásico o tradicional.

#### *¿Otras cuestiones a tener en cuenta?*

Es evidente que existe una infinidad de aspectos a tener en cuenta para la implementación de un nuevo sistema, solo para citar a modo de ejemplo, tal como nos formuláramos las cuestiones anteriores, vgr. dotación de personal, formación, insumos tecnológicos, asistentes interdisciplinarios, etc.

Toda esa problemática, no puede pensarse reduciéndola solo a la elaboración de un ordenamiento procesal, que simplifique las cuestiones planteadas para que sean resueltas del mismo modo en el que se las viene abordando en la actualidad, porque lo más sencillo es caer en un esquema de razonamiento de esa índole.

Desde el Derecho Procesal no se puede confundir la pretendida especialización de los jueces de familia -que desde ya consideramos debería extenderse a todos los integrantes del despacho judicial- con una simple distribución de competencias.

Esa distribución de tareas, es un sistema ordenatorio que provee el Derecho Procesal. En cambio, una visión sistémica permitirá advertir que la especialización en el abordaje de un conflicto familiar, requiere no reducir este aspecto a una mera distribución de trabajo, sino a coordinar una labor que debe darse en varios frentes.

Por ejemplo debería desarrollarse en la Escuela Judicial que contempla como una función específica atribuida al Consejo de la Magistratura (art. 114 inc. 6to. de la Constitución Nacional), y yendo a su vez más atrás, a la formación del abogado en las universidades, desde luego no solo desde el punto de vista teórico, sino con prácticas concretas.

Esto se impone como una necesidad para alcanzar los fines que marca el nuevo código, pues no solo el juez debe estar preparado para abordar un conflicto, administrarlo, saber controlar sus tiempos y las personas que participan de él, sino además los abogados que intervienen por cada una de las partes.

Todo ello con la proyección que es necesaria a todos los intervinientes del proceso, sea Defensores de Menores, peritos, asistentes sociales, etc. , que si bien cuentan con una preparación mucho más adecuada –por sus incumbencias– también deben estar preparados para el conflicto familiar por su propias peculiaridades.

De ahí la importancia del registro de la diversidad que presenta la problemática del derecho de familia, que es tan amplia como compleja y que mal podría quedar inmersa solo en el marco de una distribución de competencias o en el de un proceso de conocimiento, por señalar algunos ejemplos comunes.

## **6.- A MODO DE CONCLUSIONES**

La superación de los sistemas actuales será bienvenida, pero es de advertir, que ello no puede estar representado simplemente por la letra de una ley, trátese de

la normativa que sea, más allá que se persiga el dictado de un nuevo código procesal para contemplar este tipo de casos.

No es solo la norma lo que debe preocupar, porque si se piensa solo en ello, vamos nuevamente encaminados hacia un fracaso. El conflicto preexiste a las formas.

En la exposición de motivos del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación del año 1967, que fue modelo en su época dentro de los ordenamientos procesales del continente, ya se contemplaban entre otros aspectos que propendían a la celeridad en los trámites de los procesos –decía la exposición referida- para evitar repeticiones y excesos reglamentarios, entre otros aspectos, dotar a los jueces de mayores atribuciones en lo referente a la dirección y ordenación de las causas.

También se señalaba –siempre a los fines de la consecución del principio de buena fe y lealtad procesal- que se debía reprimir con mayor severidad y eficacia los casos de inconductas en el proceso, o suprimir formalidades innecesarias que gravitaban en definitiva en la excesiva prolongación de los juicios, más aún se rememoran estos aspectos teniendo en cuenta la problemática de los temas de familia y sus efectos, muchas veces indeseados.

Esto es lo que correspondería registrar a los fines de no circunscribirnos a las normas como único mecanismo de salida superadora de aquello en donde todos estamos de acuerdo que se debe mejorar, y una apreciación sistémica permitirá advertir en ese caso, las deficiencias que presentan –no las regulaciones en sí mismas- sino muchas veces los operadores, en otras los insumos tecnológicos, en otras los económicos o los edificios o de infraestructura.

Para tomar el ejemplo de los insumos humanos, la descripción que hace Peyrano sobre la forma en que se maneja el juez civil resulta acabada y contundente. Sostiene claramente al aludir a la importancia que tiene el

activismo judicial, que “lo primero que debe destacarse es que si algo singulariza al juez civil nativo es su extremada prudencia y hasta cierto “horror” a hacer uso de atribuciones procedimentales más o menos enérgicas, razón por la cual las facultades que el activismo quiere poner en manos de los magistrados locales no siempre serán aprovechadas”<sup>5</sup>.

Desde luego el resaltado del entrecomillado solo indica que la transcripción es textual, y esa realidad que con precisión describe Peyrano, resulta incontrastable tenerla en cuenta, no solo porque el justiciable la padece cotidianamente, sino porque es evidente que no se puede desarrollar la construcción de ningún sistema que no se vaya a aplicar en la realidad.

No corresponde endilgar la responsabilidad de esa conducta -si se quiere omisiva- solo a los jueces, pues tal vez se reduzca o parcialice el problema, pero ese registro resulta, no solo verdadero, sino que se convierte en una valla para la operatividad de cualquier sistema que se precie de contar con un mínimo de autoridad para alcanzar sus fines.

Si se tiene en cuenta un aspecto de otra índole, se podría comprobar lo mismo. Por ejemplo, aludiendo a los insumos de tipo tecnológico o económico, si así se quisiera presentar, bien sabido es que ya se trató de implementar la oralidad a través de la ley 25.488 que introdujo sensibles reformas al Código Procesal Nacional. Dentro de esas reformas se pretendió la “fonograbación” de las audiencias, lo que permitía inferir como un avance en pro de la implementación de la oralidad (actual art. 125 inc. 6).

Sin embargo, no solo ello jamás se concretó –más allá de experiencias aisladas que se hicieron en la Cámara Nacional en lo Civil aunque con otro alcance- y seguramente no se debe a que la ley no lo hubiera contemplado, sino que es evidente que este tipo de aspectos se enmarca en una cuestión de política

---

<sup>5</sup> Peyrano, Jorge W.; El activismo judicial; en la obra Activismo y Garantismo Judicial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009, p. 12.

judicial mucho más amplia que invita a no restringir la mirada a contar solo con un nuevo ordenamiento.

Estos aspectos señalados también de modo ejemplificativo, dan cuenta precisamente de que no son nuevas las pautas que ahora se elevan al rango de principios en el art. 706 del CCyCN, pues ya desde 1968 que entró en vigencia el Código Procesal Nacional, que existen reflejados en los sistemas creados al efecto.

Cuando se pueda advertir desde el punto de vista sistémico, todos los insumos necesarios para el desarrollo de un proceso judicial, incluyendo las negociaciones a las que aspira el nuevo Código, se podrá advertir que no sólo éstos son humanos, sino que también los hay edilicios, tecnológicos, económicos, financieros, que no pueden reducirse a que en un proceso haya más o menos oralidad, que desde luego es bienvenida que se imponga.

Se impone un cambio, pero ese cambio para permitir la concreción en la realidad de los que ahora adquirieron el grado de principios conforme el art. 706 del nuevo código, como la intermediación y la oralidad, es invertir la relación que existe actualmente en todo proceso de conocimiento.

Para ello, el juez no debe conocer al final del proceso, es decir al momento de resolver, sino que debe conocer desde el comienzo, al llegar el conflicto al tribunal, de modo tal que le permita a él mismo tomar las decisiones que resulten más apropiadas.

La intervención temprana en un conflicto permite negociar desde posiciones menos enconadas o acordar reglas de solución del problema<sup>6</sup>.

No sólo va a cobrar toda su intensidad el principio de intermediación, sino también el de oralidad, y si ello a su vez se encuentra respaldado por un sistema de videograbación de las reuniones que decida mantener con las partes

---

<sup>6</sup> Redorta, Josep; Ob. cit., p. 50.

involucradas en el conflicto, automáticamente no solo se aligera el proceso, sino que nos encaminamos al desarrollo de un nuevo sistema, opuesto al actual, con una oralidad e intermediación absolutamente eficaces, que permiten –si se utiliza el juego de doble instancia- contar a los operadores con el material necesario para una eventual apelación, pues el registro que aportará la tecnología facilitará ese recurso.

Es probable que –por lo menos en este tiempo- algunas actuaciones procesales deban desarrollarse por escrito, como una demanda, o su contestación, pues el nuevo código inclusive así lo concibe, más allá que en un futuro se puedan hacer por medio de internet, pero esa no es la única problemática que tradicionalmente atienden los juzgados de familia, pues existen otro tipo de conflictos mucho más delicados y serios que requieren una atención inmediata, para que así también cobre vida la tutela judicial efectiva a la que alude la norma antes citada.

Como se ha desarrollado, para que todo ello resulte efectivo en la realidad, no solo el juez se tiene que hacer cargo del caso apenas lo recibe, sino que además los organismos que coadyuvan con su tarea, no pueden demorar las gestiones que deban llevarse a cabo con “vistas” como sucede en la actualidad.

Cuando corresponde atender una determinada cuestión con la urgencia que el caso representa, no pueden demorarse las vistas al Cuerpo Médico Forense, para luego darle vista al Defensor de Menores, y luego al curador ad litem, cuando no al abogado del niño, o a los organismos que sean designados para llevar a cabo un determinado tratamiento.

Esa ronda de interconsultas, no sólo dilatan el proceso, sino que además diluyen la efectividad de cualquier medida que se deba tomar con carácter urgente, y en general esa actuación va en desmedro de aquél a quien corresponde proteger.

No se pretende suprimir la colaboración de todos aquellos que coadyuvan al desarrollo del proceso de familia, sino de advertir una práctica habitual que en general es tomada como un desarrollo normal, cuando por otro lado lo que se reclama las más de las veces es una decisión del órgano jurisdiccional.

En la actualidad es muy sencillo superar estos inconvenientes a través de internet, pues no solo existen programas que facilitan la interacción entre todos aquellos partícipes, sino que además permite la decisión pronta aún con carácter provisional para adoptar medidas paliativas en caso de situaciones urgentes.

Estos aspectos deben ser ponderados porque no solo forman parte de la realidad, sino que son los que coadyuvan a la existencia de conductas distorsivas que entorpecen el normal desenvolvimiento de un proceso y que no se “combaten” con la sola invocación del principio de buena fe, sino creando sistemas que permitan que los operadores lo manipulen adecuadamente y permitan obtener las soluciones esperadas.

Claro que es difícil concebir una reforma –aunque se restrinja a un ámbito en particular como en este caso el derecho de familia- sin tener en cuenta el contexto en el que funciona actualmente el sistema judicial, pues cuando se alude a la tutela “judicial” efectiva, es importante tener en cuenta que circunscribirla solo al Poder Judicial resulta inconveniente.

Los Tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional, son elocuentes en ese sentido cuando no solo comprometen a los otros poderes del Estado a observar fielmente ese principio, con lo cual se debería identificar como tutela efectiva e inmediata –tal como reza la Convención Americana de Derechos Humanos- sino que además lo contrario pone en tela de juicio la responsabilidad internacional de nuestro país<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> En ese sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha interpretado que: “cuando el país ratifica un tratado internacional, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que los tratados contemplan. Por ello, la prescindencia de las normas internacionales por los órganos pertinentes puede originar responsabilidad internacional del Estado

Existen condenas sufridas por la República Argentina en ese sentido, y ello refleja una realidad incontrastable para que cualquier reforma judicial resulte adecuada y efectiva, y esto no requiere de otra cosa más que contar con instituciones fuertes, con un fiel compromiso al respeto de la Constitución Nacional y las leyes dictadas en consecuencia.

En estos tiempos, el avasallamiento del que está siendo objeto el Poder Judicial por parte de los otros poderes –por acción u omisión- da cuenta de la imposibilidad de llevar a cabo una verdadera reforma en el seno de la justicia, por más que se obtenga como producto a esos fines el mejor código procesal del mundo.

Para ello es necesario un compromiso de los restantes poderes en políticas públicas concretas referidas al Poder Judicial, que le brinden la suficiente independencia y autonomía para el tránsito por una vía diversa en la que actualmente se encuentra sumido.

Resultaría sobreabundante señalar ejemplos en línea con ello. Sin embargo, es de advertir un aspecto de suma trascendencia que consiste en la gran concentración de poder que se ha producido –en el Ejecutivo- a partir de la ley 25.561 de emergencia económica del año 2002, que fue prorrogada desde entonces por medio de siete leyes hasta la actualidad<sup>8</sup>.

Eso trae aparejado no solo que el rol que le cabe al Poder Legislativo se desdibuje por la transferencia de incumbencias hacia el Ejecutivo, aún en desmedro de las previsiones del art. 76 de la Constitución Nacional, sino que además constituye la simiente para justificar los avances del Ejecutivo sobre el Judicial, pues siempre existen reparos legales que habilitan su intervención (vgr.

---

argentino, y la mera posibilidad de que esta atribución de responsabilidad internacional argentina se vea comprometida por la interpretación y aplicación de un tratado con una potencia extranjera configura, de por sí, cuestión federal suficiente” (Fallos 314:1324).

<sup>8</sup> Las leyes que la prorrogaron desde 2002 hasta fin de 2013 fueron: la 25.792, 26.077, 26.024, 26.339, 26.456, 26.563 y la última la 26.729 que la extiende hasta fin del año 2013.



la modificación de la conformación del Consejo de la Magistratura, o el paquete de leyes denominada de democratización de la justicia, etc.).

Pero más allá de lo que se advierte en la operatividad del sistema judicial, la pregunta fundamental es si resulta real la denominada “situación de emergencia” en los tiempos que corrían desde el 2005, 2006 en adelante, o se podía presumir con una importante dosis de certeza que la situación afligente por la que atravesó el país a partir del año 2001 y 2002, ya se podía considerar superada.

Si así fuera, es evidente que el marco en el cual se inserta una reforma judicial, que se impone por la fuerza de la realidad, pues no se puede seguir trabajando con sistemas decimonónicos, requiere de un respaldo político esencial para su materialización.

Como enseña Mario Bunge<sup>9</sup>, cuando se aprecia con una visión sistémica una determinada problemática, conviene su abordaje por los distintos flancos que presenta. Por lo que para el mejoramiento que ha venido puesto dentro del nuevo código para la atención de los problemas que se presentan en el ámbito del proceso de familia, no basta por ejemplo, con el diseño de un proceso de conocimiento -por más novedoso que sea- sino de la atención de los distintos insumos que permiten la operatividad de ese sistema, entre los cuales el humano tiene una importancia vital, y en el cual el contexto en que se desarrolla tiene una incidencia preponderante.

---

<sup>9</sup> Bunge, Mario; *Sistemas Sociales y Filosofía*; Ed. Sudamericana, Bs. As. 1995, p. 123.