

## **EN BUSQUEDA DE SENTENCIAS QUE EFECTIVICEN DERECHOS**

### **PRESENTACION**

Esta ponencia tiene por finalidad demostrar la necesidad de implementar modificaciones que impliquen un rediseño de los procesos de familia, considerando que, con la aprobación del Código Civil y Comercial de la Nación se han producido algunos cambios de paradigma en materia de Justicia que obligan a revisar la legislación procesal para darle consistencia a los derechos. Para ello analizaremos los artículos del C.C. y C. N. que atañen a las normas procesales en el derecho de familia con especial consideración al proceso de divorcio regulado en el artículo 438, las normas procesales locales vigentes en la materia procurando establecer, a nuestro modesto juicio, los lineamientos para una reforma procesal, garantista de derechos fundamentales, como el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.

### **TEMA**

**El acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva en los procesos de familia.  
El artículo 438 del C. C. y C. N. Posibilidad de la obtención de una sentencia integradora de los efectos “urgentes” del divorcio. Aplicación de los principios del proceso monitorio al proceso de familia.**

### **PRESENTACION**

**1) El acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva en los procesos de familia. Regulación contenida en el C. C. y C. N.**

Como lo sostiene la Dra. Marisa Herrera en su Manual de Derecho de las Familias, en el derecho familiar, mucho más que en otra área, adquiere una

importancia sustancial el derecho de “acceso a la justicia”, a una justicia eficaz y que tutele los derechos fundamentales de las persona”.<sup>1</sup>

Estos principios –algunos provenientes de los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional y de normas que organizan el funcionamiento de los tribunales- y otros específicos del derecho de familia que constituyen verdaderas novedades -la oficiosidad y a la oralidad<sup>2</sup>-; han sido recogidos por el artículo 706 del C. C. y C. N., que los ha regulado de manera imperativa. Así, establece: “*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.*

Estos principios procesales constituyen las reglas de actuación que deben regir en todos los procesos de familia.

El documento del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en el marco del programa JUSTICIA 2020 “BASES PARA LA REFORMA PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL”, también hace mención a los principios procesales que deben ser de empleo más frecuente en el juicio civil, tutela judicial efectiva y debido proceso, oralidad e inmediación, dirección judicial del proceso y de la

---

<sup>1</sup>Manual de Derecho de las familias. Editorial AbeledoPerrot. Página 82.

<sup>2</sup>Código civil y comercial, analizado concordado y comparado, BUERES, Página. 457.

actividad jurisdiccional oficiosa, preventiva y protectoria, principio de aportación y derecho de contradicción, lealtad y buena fe procesal, prevención y sanción del abuso procesal, economía, celeridad y concentración procesal, transparencia y publicidad, instrumentalidad y adaptabilidad de las formas procesales, colaboración procesal, preclusión procesal, no exigibilidad de otra conducta.

Para el desarrollo de nuestra ponencia nos circunscribiremos a los principios de tutela judicial efectiva, acceso a la justicia, y oficiosidad.

Respecto del acceso a la justicia, Daniela Heim<sup>3</sup>, lo aborda como un derecho humano. Desde esta perspectiva el acceso a la justicia comprende los procesos a través de los cuales las personas pueden ejercer sus derechos legal y constitucionalmente establecidos, así como reclamar aquellos que aún no han sido reconocidos y los resultados obtenidos con relación a la satisfacción de necesidades de justicia concretas, ya sea individual o socialmente consideradas. Se intentan equilibrar los elementos propios de un acceso a la justicia formal, con otros que plantean un acceso a la justicia de carácter material. Para ello deben conjugarse tanto las cuestiones propias de los procedimientos de acceso a la justicia así como aquellos aspectos relacionados con los resultados obtenidos, no tan solo desde la perspectiva de la eficacia judicial, sino también desde el punto de vista sustantivo.

Nuestro C. C. y C. N. recepta en el artículo 709 al principio de oficiosidad, estableciendo que en los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente.

Este principio de la oficiosidad está íntimamente conectado con el de la tutela judicial efectiva. Para la concreción de ambos se requiere la actuación en el proceso de familia de un juez activo, protagonista, que dialogue con las partes y que sepa reconocer las necesidades de cada uno de los miembros del grupo familiar. Este juez que nos trae el código está habilitado, justamente a través de

---

<sup>3</sup> Daniela Heim. ACCESO A LA JUSTICIA Y VIOLENCIA DE GÉNERO

este principio de la oficiosidad, para reconducir, ordenar las medidas necesarias para interpretar las verdaderas pretensiones o necesidades de los involucrados. Y esta función renovada del juez, que conforme al artículo 3 del código tiene el deber de resolver, no se agota en el dictado de una sentencia final en un plazo razonable, sino que debe en todo momento buscar la pacificación o solución componedora acompañando a la familia en conflicto, esto es lo que en la actualidad Morello ha denominado "*justicia de acompañamiento o de protección*". (Morello Augusto, "Un nuevo modelo de Justicia").

## **2) Artículo 438 C. C. y C. N. Proceso de Divorcio. Sentencia abarcativa.**

El artículo 438 del C.C y C. N. regula los requisitos y el procedimiento del divorcio. Define como requisito formal obligatorio (así entendido por cuanto prescribe que..."la omisión de la propuesta impide dar tramitación a la petición"), acompañar a la petición una propuesta que regule los efectos derivados de éste, quedando comprendidos entre tales efectos, el cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes, alimentos, atribución de la vivienda, compensación económica y liquidación de la sociedad conyugal.

En razón de ello, el juez toma conocimiento y contacto con tales situaciones, otorgándole dicho artículo facultades para ordenar, de oficio o a petición de parte, que se incorporen otros elementos, además de los acompañados por las partes para fundar las propuestas. De ello se desprende un imperativo para el juez, consistente en el deber de evaluar dichas propuestas y de convocar a la partes a una audiencia.

Es de tal importancia la función del juez de la causa que el propio artículo lo faculta para resolver a su criterio, en caso de desacuerdo sobre los efectos del divorcio. También debe intervenir y resolver si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses del grupo familiar o de los sujetos vulnerables.

Es que, como lo sostiene la Dra. Marisa Herrera en la obra citada, las nuevas normas introducen modificaciones sustanciales que implican la reconceptualización del rol de los jueces en este tipo de procesos, porque desde una visión realista no siempre los cónyuges se encuentran en un mismo plano o nivel de conocimiento, de información o momento anímico, por ello es deber de estos controlar o verificar que los convenios reguladores no perjudiquen a alguna de las partes y equilibrar la balanza en su caso.

Por otra parte, en su último párrafo, el artículo en análisis define que respecto de las cuestiones pendientes, el juez debe resolver de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local.

Atento a ello, en los tribunales de nuestra provincia, para resolver los procesos de divorcio, de acuerdo a lo establecido por el código de fondo, se observan, en líneas generales, las siguientes reglas:

- 1) Peticionado el divorcio, con propuesta adjunta, se procede a correr traslado (siempre refiriéndonos a la petición unilateral), a la parte peticionada, a los efectos que en el plazo de 15 (quince) días, conteste dicho traslado.
- 2) En el caso que la parte peticionada, no esté de acuerdo con todos o algunos de los puntos previstos en dicha propuesta, tiene la facultad de efectuar una propuesta reguladora distinta.
- 3) Presentado los casos anteriores. Se convoca a audiencia a los cónyuges, y en el caso de no lograr avenimiento, se finaliza la misma.
- 4) Se dicta sentencia que resuelve el divorcio peticionado, y en relación a los efectos derivados del mismo, planteados en las propuestas mencionadas, nada se resuelve, disponiendo en la parte resolutive, que las partes deben “ocurrir por las vías que correspondan”. Si las partes hubieran convenido parcialmente sobre algunos de los efectos, esos se homologan en la sentencia que decreta el divorcio vincular.

Vale entonces concluir que resultan de tales procesos, sentencias que dejan sin resolver, cuestiones planteadas por las partes. Este dato no es menor, sobre todo si tenemos en cuenta que en la mayoría de los casos esas cuestiones sin resolver involucran a niños, niñas o adolescentes y que como tales requieren un tratamiento especial.

Por otra parte, también se desprende del artículo 438 del código de fondo, cuestiones como las siguientes: obligatoriedad de acompañar la propuesta reguladora y los elementos en que se funda, facultad del juez de proceso para ordenar de oficio o a petición de partes la incorporación de otros elementos que estimen pertinentes, el deber del juez de evaluar tales propuestas y finalmente el deber de resolver por parte del juez.

Dicho de otra forma, ¿en función de los deberes y facultades que dicho artículo prescribe para el juez del proceso, del interés superior del niño y de los sujetos vulnerables que pudieren estar involucrados, y considerando las garantías de tutela judicial efectiva y acceso a la justicia, es admisible que en razón de las normas previstas por las leyes procedimentales locales, el justiciable obtenga una sentencia que resuelva parcialmente sus peticiones?

Entendemos que procedimientos que habilitan el dictado de sentencias que resuelven de este modo, ordenando ocurrir por otras vías judiciales, generan un dispendio innecesario de la actividad jurisdiccional ya que por un lado se ordena al juez, evaluar, analizar, ordenar medidas; para luego quedar atrapado por la voluntad de los justiciables; “justiciables” que deben someterse a nuevos procesos con mayores erogaciones económicas y un desgaste jurisdiccional y personal que se podría evitar. Sujetos vulnerables que quedan aguardando la resolución de cuestiones urgentes como los alimentos, y que a la larga deberán ser resueltas por el mismo juez que entendió en el proceso de divorcio.

### **3) Aplicación de los principios del proceso monitorio al proceso de familia.**

Por otra parte, y en la búsqueda de esta eficacia para lograr la efectiva tutela de los derechos, nos encontramos con una nueva forma: el proceso monitorio. ¿Por qué no aplicar los principios del proceso monitorio en los procesos familiares? Como lo sostiene Kemelmajer de Carlucci en su trabajo "Reflexiones en torno a la eficacia", el esquema del proceso monitorio puede ser aplicado en algunas cuestiones vinculadas al Derecho de Familia; como por ejemplo alimentos, atribución de vivienda, cuidado de los hijos.

Por eso entendemos que el legislador local debe rediseñar el proceso de divorcio, al amparo de lo normado por los artículos 438 y 706 y de las garantías procesales de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva.

### **4) CONCLUSIONES**

#### **A) Proceso tradicional con plazos reducidos y sentencias integrales.**

**Primera:** El plazo de traslado de la propuesta a la parte peticionada, sea reducido de 15 a 10 días, y el de la contrapropuesta del peticionado a la parte peticionante de 5 días.

**Segunda:** Se convoque a la audiencia para dentro de los 10 días.

**Tercera:** En caso de desacuerdo sobre temas referidos a niños, niñas o adolescentes, y que puedan afectar sus derechos fundamentales, como ser alimentos, atribución de vivienda y cuidado personal, sea resuelto por el juez, de acuerdo a su sana crítica y razonamiento fundado, en base a los elementos aportados y al dictamen emitido por la Defensora de menores.

**Cuarto:** El dictado de la sentencia de divorcio no se suspende en ningún caso por desacuerdo en el convenio.

## **B) Proceso monitorio para reclamos de alimentos y otros.**

Sugerimos evaluar como alternativa procesal el esquema del proceso monitorio para algunos aspectos vinculados al Derecho de Familia como ser respecto de los alimentos, atribución de vivienda, cuidado personal de los hijos.

Si bien reconocemos que nadie es mejor que los cónyuges para autocomponer sus conflictos, pero si no obstante su esfuerzo no lo logran; el juez renovado en su rol por las disposiciones tanto del código civil como de los tratados internacionales de derechos humanos, debe acompañar a las partes y resolver los conflictos que se le plantean, sobre la base de los principios de solidaridad familiar y vulnerabilidad.

Como vemos, no se puede dejar de buscar en todo momento la eficacia; y como lo dijo certeramente la Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci en Reflexiones en torno a la eficacia del llamado proceso *“se vive la hora de la eficacia en el proceso”*; y el tema de la eficacia debe ser abordado desde el punto de vista de la finalidad. La eficacia está íntimamente ligada a la finalidad que se busca con el proceso y por ende, cuando no cumple esa finalidad deviene ineficaz.

Propiciamos la búsqueda de sentencias eficaces.

### Autoras

Dra. Ana Valeria Orellana Ottonello

Dra. María Florencia Gutiérrez

### Bibliografía

- Manual de Derecho de Familias. Dra Marisa Herrera. Editorial AbeledoPerrot
- Código Civil y Comercial de la Nación, concordado, analizado y comentado. Bueres.
- Artículo Reflexiones en torno a la eficacia del llamado proceso familiar. Aida Kemelmajer de Carlucci.

- ACCESO A LA JUSTICIA Y VIOLENCIA DE GÉNERO. Daniela HEIM  
Universidad Nacional de Río Negro. Argentina. Grupo de Investigación  
Antígona. Universidad Autónoma de Barcelona
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. BASES PARA LA  
REFORMA PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL. Justicia 2020.