

XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal
“Modelos de Justicia: Estado Actual y Reformas Procesales”

Comisión 4: Jurisdicción protectoria

Ponencia General:

“Las formas y la efectividad de la justicia de familia”

Por Mabel Alicia De los Santos.

I.- El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: la importancia de las formas procesales para la efectividad de la tutela judicial.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) ha producido una reforma integral del derecho privado con el objeto de ajustar la normativa sustancial al nuevo bloque de constitucionalidad. El fenómeno procesal más relevante de la reforma constitucional de 1994 ha sido la consagración como garantía del derecho a la tutela judicial efectiva que establecen los arts. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 14 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos y 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 75, inciso 22 C.N.). La tutela judicial efectiva pasó a integrar así, junto con las de igualdad y la defensa, la tríada de garantías esenciales al debido proceso judicial¹.

Con la incorporación de esta nueva garantía, cuyo objeto es asegurar la efectividad de los derechos consagrados por las leyes sustanciales a través del proceso, devino imprescindible incorporar disposiciones procesales en las leyes de derecho material para favorecer la operatividad de sus normas, lo que debe entenderse en el contexto de un país federal donde las provincias se han reservado la organización de la justicia y el dictado de las normas procesales. La inclusión de disposiciones adjetivas en un código de fondo confirma que es

¹ **DE LOS SANTOS**, Mabel, “Las garantías constitucionales del proceso civil” en **MANILI** (Director), Tratado de Derecho Procesal Constitucional”, La Ley, Bs. As., 2010, pág. 554/555: “En un intento de sistematización de las garantías vinculadas al proceso civil podemos identificar algunas esenciales al debido proceso legal, tales como la inviolabilidad de la defensa en juicio (art. 18 CN), la garantía de igualdad de las partes en el proceso (art. 16 CN) -vinculada a la garantía del juez imparcial- y la que consagra la tutela judicial efectiva antes enunciada como derecho fundamental de los justiciables”... “En un segundo plano encontramos garantías que son instrumentales respecto de las esenciales; en el sentido que su acatamiento en el proceso propende a asegurar las garantías esenciales antes enunciadas. Revisten dicha condición a) la de irretroactividad de la ley procesal, b) la congruencia, c) la debida fundamentación, d) la garantía de publicidad del proceso, e) la de cosa juzgada o garantía contra el doble juzgamiento y f) la garantía de la doble instancia.”

de la esencia del proceso su carácter instrumental, en tanto su fin consiste en servir a la mejor realización del derecho material.

El nuevo Código Civil y Comercial incluye la mayor cantidad de disposiciones de naturaleza procesal en la regulación de las Relaciones de familia (Libro segundo), ámbito donde el interés público involucrado exige efectividad con más énfasis que en otros campos del derecho. En efecto, el Título VIII regula los principios y reglas aplicables a los “*Procesos de familia*”, a los que deben adecuarse los regímenes procesales de todo el país. La fuente de dichas normas debe encontrarse en el derecho procesal constitucional de la familia y en las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia en condiciones de vulnerabilidad².

Si bien es cierto que la atribución de regular los procesos corresponde a las legislaturas provinciales en virtud de lo dispuesto por los arts. 5 y 121 CN, las facultades de las provincias para legislar en la materia deben ser entendidas sin perjuicio de las normas de ese carácter que puede dictar el Congreso a los fines de asegurar la efectividad del ejercicio de los derechos que consagra la legislación de fondo. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido de modo invariable desde el precedente “*Bernabé Correa*” del año 1923³, que ello no debe considerarse un avance sobre las autonomías provinciales pues el poder de las provincias no es absoluto y el Congreso Nacional cuenta con facultades para dictar normas procesales cuando sea pertinente asegurar la eficacia de las instituciones reguladas por los códigos de fondo y evitar el riesgo de desnaturalizar instituciones propias del derecho material.⁴

La inclusión de normas adjetivas en la ley sustancial opera como elemento unificador para el tratamiento de las cuestiones de familia en todo el país pues las provincias tienen dispares sistemas procesales para dirimir los

² Ver Fundamentos del Anteproyecto en ZANNONI, MARIANI DE VIDAL, ZUNNINO, SHIINA y RAMOS, *Código Civil y Comercial concordado y revisado*, Astrea, 2015, pág. 228.

³ Fallos 138:157: “*si bien las provincias tienen la facultad constitucional de darse sus propias instituciones locales y, por ende, para legislar sobre procedimiento, ello es sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias que dicte el congreso cuando considere del caso prescribir formalidades especiales para el ejercicio de determinados derechos estableciéndolas en los códigos fundamentales que le incumbe dictar*”. En igual sentido Fallos 141:254, 151:315; 162:376; 214:533; 219:400; 227:387; 247:524; 254:282; 265:30; 271:36, 297:458 y 299:45.

⁴ CSN, 2/11/1953, LL 74-116, “*Los códigos de fondo pueden incluir disposiciones procesales tendientes a asegurar el mejor cumplimiento de las figuras por ellos regulados*”.

conflictos familiares: algunas cuentan con tribunales especializados y otras no, algunas tienen procesos orales y otras provincias han regulado procesos preponderantemente escritos, algunas tienen tribunales colegiados de instancia única y otras jurisdicciones estructuran tales procesos en dos instancias, la primera unipersonal y la segunda colegiada.

La incorporación sistematizada de normas adjetivas es ajena al Código de Vélez Sarsfield, con las pocas excepciones relativas a la definición y alcances de la cosa juzgada y al valor probatorio de los instrumentos públicos y privados⁵. El texto encuentra su antecedente más próximo en el Proyecto de Código unificado de 1998; aunque este último limitaba la regulación procesal a los caracteres específicos de las acciones de estado y a los efectos de las sentencias (Libro III, Título X, arts.665 a 669). Cabe recordar que el maestro Augusto M. Morello destacó el acierto del Proyecto de Unificación de 1998 de incluir disposiciones procesales en un meduloso artículo que tituló “*Derecho material y derecho procesal, senderos bifurcados que hoy se reencuentran*”⁶, donde cuestionaba la visión conceptualista del proceso y destacaba la importancia de que el derecho procesal supiera “conquistar la plaza de fiel escudero del derecho material”.

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) continúa la senda abierta por el Proyecto de Código unificado de 1998 y la profundiza al establecer las bases que han de regir el proceso de familia en todo el territorio de la Nación. De conformidad con el criterio metodológico adoptado para todo el cuerpo, inicia el tratamiento de la materia en su Libro Segundo, Título VIII con la enunciación de los principios y reglas generales (Capítulo I); se ocupa de las acciones de estado (Capítulo II); de las reglas de competencia (Capítulo III) y de las medidas provisionales (Capítulo IV).

II.- ¿Qué entendemos por efectividad de la Justicia de Familia? El necesario activismo judicial.

Para responder al interrogante del epígrafe diré que cuando aludimos a la efectividad de la Justicia de Familia nos referimos a la exigencia de que la tutela jurisdiccional haga operativo el derecho de fondo y permita el dictado de

⁵ Arts. 151, 850 y 1102 CC y arts. 993, 1026 a 1028 CC, respectivamente.

⁶ ED 186-1079.

sentencias que resuelvan con justicia el conflicto, en el menor tiempo posible y que se cumplan.

Ahora bien, es indiscutible que el CCCN ha consagrado el activismo judicial a lo largo de todo su articulado⁷ poniendo en cabeza del juez el deber de asegurar la tutela efectiva de los derechos o, lo que es igual, la efectiva operatividad del derecho sustancial, integrado por la Constitución, los Tratados y las normas infra-constitucionales. Tal activismo judicial se ha acentuado en las disposiciones relativas a los procesos de familia, lo que responde al interés público comprometido en la materia.

El nuevo Código Civil ha puesto así punto final a la controversia en la doctrina procesal entre los partidarios del “activismo procesal” y los autodenominados “garantistas”, que cuestionan el activismo de los jueces por entender que podría menoscabar las garantías procesales de las partes⁸, soslayando que es imprescindible superar el garantismo formal, muchas veces interpretado en favor del exceso ritual, para avanzar hacia un garantismo funcional o teleológico, que facilite y no malogre el acceso a la justicia ni la operatividad de la ley sustancial, mediante la armonización de las garantías.⁹

A la vez, la inclusión normativa de las fuentes en el artículo 1 del CCCN ha consagrado la aplicación de la concepción “tópica” del razonamiento jurídico en la interpretación y aplicación de la ley, concepción que es superadora del insuficiente método de la exégesis legal y que impone al juzgador interpretar toda norma infra-constitucional de conformidad con los lineamientos establecidos por el plexo de constitucionalidad, lo que coadyuva también a la operatividad práctica de la garantía de la tutela judicial efectiva.

El CCCN ha puesto en cabeza del juez el deber de velar por la tutela efectiva de los derechos y ha acentuado ese rol en los procesos de familia, ámbito donde las decisiones involucran a personas vulnerables por la edad, el género, por padecer restricciones a la capacidad o situaciones de violencia. Se

⁷ Vgr. arts. 1734/1735 CCCN (cargas probatorias dinámicas en materia de responsabilidad civil en su función resarcitoria), art. 1905, último párrafo, CCCN (anotación de litis officiosa en el juicio de usucapión), entre otros.

⁸ V. Publicación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, “Activismo y garantismo procesal”, 2009.

⁹ **DE LOS SANTOS**, Mabel, “La flexibilización de la congruencia en el proceso civil peruano”, en *Proceso y Constitución. Las garantías del justo proceso*, Libro de ponencias del Tercer Seminario Internacional Proceso y Constitución, Ed. Palestra, 2013, p. 607, con cita de **VIGO**, Rodolfo, *Los principios jurídicos*, Depalma, Bs. As. 2000, pág. 179/187.

incluyen así numerosas disposiciones tendientes a asegurar la igualdad “real”, que se hace cargo de las diferencias en las asignaciones previas, al disponer normas específicas para la tutela de los vulnerables, dejando de lado, como predicara Ferrajoli, “un sistema de indiferencia por las diferencias”¹⁰.

En síntesis, abordar el estudio de las formas necesarias para la efectividad de la justicia de familia implica un análisis no sólo de las normas procesales adecuadas a ese fin, sino también del rol que corresponde al órgano judicial en cumplimiento del deber que se le impone de asegurar tutela efectiva.

Comparto la opinión de Marinoni, cuando sostiene que el derecho a la tutela jurisdiccional no sólo garantiza la igualdad de acceso a la Justicia, sino que se trata de un derecho a la efectiva protección del derecho material, del cual son deudores el legislador y el juez, quienes deben suministrar y aplicar los dispositivos que permitan la operatividad cabal del derecho sustancial. No debe soslayarse, como afirma Alexy, que los derechos a procedimientos judiciales y administrativos son esencialmente derechos a una “protección jurídica efectiva”, la que involucra que el proceso garantice “los derechos materiales del respectivo titular del derecho.”¹¹

III.- Los nuevos paradigmas del proceso de familia. Las 100 Reglas de Brasilia y las decisiones de la CIDH.

Por impulso de la fuerza normativa de los textos constitucionales, a partir de la reforma constitucional de 1994 tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional fueron generando nuevas interpretaciones de los textos procesales vigentes a la luz del nuevo bloque de constitucionalidad, así como también reformas procesales y de organización judicial. Bajo el influjo de la denominada “constitucionalización” del derecho privado, la ciencia jurídica fue elaborando nuevos paradigmas en el proceso de familia.

¹⁰ **FERRAJOLI**, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, 2001, p. 74 y sgtes. El autor identifica cuatro modelos de configuración jurídica de la diferencia y destaca que la norma que consagra la garantía de la igualdad deviene inefectiva si no es entendida como valor. Propicia así un modelo de igual valoración jurídica de las diferencias, basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales –políticos, civiles, de libertad y sociales– y, al mismo tiempo, en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad.

¹¹ **MARINONI**, Luiz Guilherme, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, ed. Palestra, Lima, 2007 p. 234, con cita de **ALEXY**, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 472.

Hoy existe consenso sobre la necesidad de mayor oralidad en los procesos, especialmente en los de familia, así como de inmediación del juez con los sujetos y la prueba. Las 100 Reglas de Brasilia establecen recomendaciones en ese sentido destinadas a los operadores del sistema judicial en las cuestiones que involucran a personas vulnerables por su edad, género, estado físico o mental o circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales¹², que resultan especialmente aplicables en los procesos de familia.

Se suman las pautas establecidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en numerosos fallos y opiniones consultivas¹³. También se ha establecido la necesidad de la doble instancia como condición del debido proceso en los conflictos que deciden sobre los derechos de niños y adolescentes, en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, de conformidad con lo que resulta de la opinión consultiva n° 17 del 28/08/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (dictada a pedido de la Comisión Interamericana).¹⁴

Con el objeto de favorecer la tutela efectiva se han elaborado nuevos institutos procesales, aplicables tanto a los procesos civiles en general, como al proceso de familia, tales como la tutela anticipada, la medida autosatisfactiva, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, la flexibilización de la congruencia y la reposición “*in extremis*”, algunos de los cuales han sido incorporados a las legislaciones procesales. Son institutos que persiguen adecuar el proceso civil a las nuevas exigencias constitucionales de tutela judicial, que debe ser oportuna y para ello, en ocasiones, preventiva (tutela anticipada y autosatisfactiva); distinguir lo diferente como modo de asegurar la igualdad real (cargas dinámicas) o evitar excesos rituales en detrimento de la efectividad de la tutela judicial (flexibilización de la congruencia y reposición “*in extremis*”). Se trata de nuevos institutos inexistentes en los códigos procesales

¹² Regla 35 de las “100 Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia de personas en condición de vulnerabilidad”, elaboradas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en 2008. <http://www.cumbrejudicial.org/web/guest/110>.

¹³ CIDH, Caso de los “Niños de la Calle v. Guatemala”, 19/11/99, “Valle Jaramillo v. Colombia”, del 27/11/2008, “Fornerón e hija v. Argentina” del 27/4/2012, entre otros.

¹⁴ DE LOS SANTOS, Mabel, “El debido proceso ante los nuevos paradigmas”, LA LEY 09/04/2012, 1, LA LEY 2012-B, 1062.

del siglo pasado, que también fueron incorporándose a los procesos de familia.¹⁵

IV.- Institutos procesales para asegurar la tutela efectiva:

1) Introducción y plan de exposición:

Cabe recordar que Morello destacó la importancia para la disciplina procesal de “hacer ciencia útil” – o la infertilidad de las teorías que no pueden tener contenido operativo– en el trabajo aludido en la nota 6, titulado “Derecho material y derecho procesal, senderos bifurcados que hoy se reencuentran”. Allí cuestionaba “el excesivo rigor de las formas, un Juez inmóvil y distante o una interpretación que la vacíe de significación, lesivas del adecuado servicio de justicia” y reclamaba que los estudios del derecho procesal dejaran de lado la preocupación “por el diseño de un Modelo o Sistema –siempre inconcluso y obviamente mejorable– que reemplace al que se halla en uso”, proponiendo superar “la sobredosis de garantismos y ritos complicantes” para acuñar un rostro más humano, sensible y realista de la Justicia¹⁶. En tales enunciados del recordado maestro encontramos la clave de la relación entre formas procesales y efectividad.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación consagra principios y reglas que deben observar las legislaciones locales en los procesos de familia con el fin de asegurar operatividad y efectividad. Analizaremos seguidamente tales institutos, así como su regulación concreta en el Código Procesal Modelo para la Justicia de Familia y el aporte de nuevos institutos procesales, imprescindibles para asegurar la mentada efectividad.

El Código Procesal Modelo fue elaborado a requerimiento de la Unidad de Implementación y Seguimiento de las Políticas de Transferencia de Competencias del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires, por las doctoras Ángeles Burundarena, Marisa Herrera y Mabel De los Santos. La revisión general del texto estuvo a cargo de la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci, a la sazón integrante de la Comisión designada por el dec. 191/2011 del Poder Ejecutivo Nacional, que tuvo a su cargo la elaboración del Código

¹⁵ **DE LOS SANTOS**, Mabel, “Cuestiones procesales a la luz del Código Procesal Modelo de Familia (que responde al nuevo Código Civil y Comercial)”, *Suplemento Especial La Ley, Código Civil y Comercial de la Nación, Familia 2014* (diciembre), 04/12/2014, 125, Cita Online: AR/DOC/4394/2014.

¹⁶ **MORELLO**, Augusto M., “Derecho procesal y derecho procesal...” citado, ED 186-1079.

Civil y Comercial de la Nación. Se trata de un código procesal que regula en todos sus aspectos el trámite del proceso de familia, pensado para la Ciudad de Buenos Aires y, por consiguiente, adecuado a la legislación local en todo cuanto se vincula con las competencias del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad, pero que pretende servir también de modelo para la necesaria compatibilización de los textos procesales locales con el régimen que establece el Código Civil y Comercial de la Nación. Constituye un conjunto normativo orgánico y autosuficiente, decisión que obedeció a que se trata de un sistema procesal regido por nuevos principios y reglas.

El texto proyectado consta de un Título Preliminar y tres Libros. El Título Preliminar enuncia los principios y el sistema procesal adoptado para el trámite de las cuestiones de familia y tiene por finalidad servir de pauta interpretativa y de integración de normas, siguiendo el sistema del Código Civil y Comercial de la Nación. El Libro I, titulado Parte General, regula los institutos procesales aplicables a todo proceso de familia, adoptando el sistema de proceso por audiencias.¹⁷ El Libro II o Parte Especial establece el trámite de tres tipos de proceso: ordinario, extraordinario y urgente, siguiendo la moderna tendencia de que sea el juez quien determine el trámite aplicable a cada asunto¹⁸, excepto en el caso de los procesos especiales regulados en el Libro III (autorizaciones judiciales, alimentos, divorcio, filiación, sistema de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes, adopción, violencia familiar, restitución internacional de menores y restricción a la capacidad e incapacidad e información sumaria), que siguen rigurosamente la normativa relativa a las Relaciones de Familia del Código Civil y Comercial de la Nación.

Conforme la propuesta temática de relacionar las formas con la efectividad de la justicia de familia, enunciaré los institutos idóneos para asegurar tutela efectiva, indicando el modo como fueron regulados en el CPMF.

La enunciación se realizará distinguiendo las distintas fases del proceso que se vinculan a la prestación de tutela judicial efectiva, vale decir, el acceso a

¹⁷ El Código Modelo de Proceso Civil para Iberoamérica, elaborado por el Instituto iberoamericano de Derecho Procesal y aprobado en las XI Jornadas de 1988 en Río de Janeiro, Brasil, adopta el proceso por audiencias para el proceso civil y de familia, en el que la etapa de postulación es por escrito, la probatoria se desarrolla a través de dos audiencias (preliminar y de prueba) y se vuelve a la escritura para las etapas decisoria y recursiva. Ver al respecto **DE LOS SANTOS**, Mabel, "El Código Modelo y su influencia en la República Argentina" en J.A. 2004-III-890.

¹⁸ **CADIET**, Loïc, "Las nuevas tendencias del procedimiento civil en Francia", en **OTEIZA**, Eduardo (Director), *Reforma procesal civil*, Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 108.

la jurisdicción, los proveimientos adecuados durante la etapa de declaración del derecho y hasta la sentencia inclusive y la etapa de ejecución, “que hace parte del proceso y debe tomarse en cuenta para analizar el plazo razonable.”¹⁹

2) Efectividad en el acceso inicial a la justicia:

a) *Gratuidad:*

Para facilitar el acceso a la justicia es importante que las leyes procesales locales consagren la gratuidad del servicio de justicia en toda cuestión de familia carente de contenido económico²⁰. Así lo hace el art. 10 del Título Preliminar²¹ del Código Procesal Modelo para la Justicia de Familia (CPMF), a los fines de superar dispares regulaciones en las leyes locales de tasas judiciales. Dicha norma es complementada por el art. 244 CPMF, en el capítulo que regula el beneficio de litigar sin gastos que puede solicitarse en los casos de contenido patrimonial entre plenamente capaces que invocan carencia de recursos.

b) *Asistencia letrada gratuita para vulnerables:*

El debido proceso requiere que la posibilidad de acceder a la justicia sea real y efectiva y no puramente declamatoria. El objetivo final ha de ser la implementación de un sistema de asistencia jurídica integral, una verdadera cobertura de seguridad social.²² Ello involucra también una flexible regulación del beneficio de litigar sin gastos y que la actuación de las Defensorías Oficiales cumpla con la exigencia del acceso igualitario a la jurisdicción y la defensa idónea²³. Así lo establecen los arts. 35 y 36 del Código Civil y

¹⁹ CIDH, “Furlán vs. República Argentina, párr.149.

²⁰ DE LOS SANTOS, Mabel, “Los procesos de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, Revista de Derecho Privado, Reforma del Código Civil V –Familia y Sucesiones- Ministerio de Justicia, Infojus, septiembre de 2013, pp. 13/34, con cita de KIELMANOVICH, Jorge, “El proceso de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, LL, 2012-D, 1390.

²¹ ARTÍCULO 10 CPMF. “**Gratuidad.** Los procesos de familia carentes de contenido económico son gratuitos y, en consecuencia, están exentos del pago de cualquier tipo de tributo o carga”.

ARTÍCULO 244 CPMF. “**Procesos con beneficio de gratuidad.** Los procesos de familia atinentes al estado y capacidad de las personas, que carecen de contenido económico, gozan del beneficio de gratuidad, sin necesidad de solicitar el beneficio de litigar sin gastos. También gozan del beneficio de gratuidad las actuaciones procesales de un niño, niña y adolescente con edad y grado de madurez suficiente, o de una persona con capacidad restringida, que intervenga con abogado propio”.

²² DE LAZZARI, Eduardo, “Qué características...” en *Debido Proceso*, Rubinzal Culzoni, 2005, pág. 62/65.

²³ DE LOS SANTOS, Mabel, “El debido proceso ante los nuevos paradigmas”, LA LEY 09/04/2012, 1, LA LEY 2012-B, 1062.

Comercial de la Nación en materia de restricciones a la capacidad²⁴, en concordancia con las Reglas de Brasilia (Reglas 28 a 31).

c) Centro de vida, competencia mutable y competencia territorial múltiple, en favor del acceso a la justicia del vulnerable. Conexidad acentuada:

El CCCN regula las reglas de competencia relativas a los procesos de familia, adoptando como elemento fundamental el “centro de vida” como pauta de atribución de competencia territorial en los procesos en los que se deciden de modo principal derechos de niños, niñas y adolescentes (guarda, custodia, régimen de comunicación y alimentos), en concordancia con lo dispuesto por el art. 3 de la ley 26.061 y jurisprudencia consolidada en ese sentido.

El CPMF precisa que a los efectos de la competencia, la expresión centro de vida se refiere al de las personas menores de edad, con capacidad restringida e incapaces (art. 18 CPMF) y ha incluido la posibilidad de mutar la competencia si cambia el centro de vida, aun cuando el proceso tenga sentencia²⁵, en concordancia con lo dispuesto por la jurisprudencia de la CSJN.²⁶

El CPMF también ha acentuado el deber del juez que ha entendido en medidas preliminares o preparatorias en un proceso de familia para intervenir en todos los que deriven del mismo conflicto (art. 20 CPMF), evitando la división en el tratamiento de cuestiones conexas, en detrimento de la celeridad y la efectividad. Con similar fundamento se asigna competencia civil y penal a los tribunales especializados en violencia familiar (art. 654 CPMF).

d) Deber de saneamiento:

Se trata de un deber del juez enunciado en todos los textos procesales de siglo pasado, pero que debe correlacionarse normativamente con la potestad del rechazo liminar, para evitar frustrar el acceso a la justicia. Conforme el principio de saneamiento, ante una demanda que no se ajusta a

²⁴ **Art. 35 CCCN.** “Entrevista personal: El juez debe... El Ministerio Público y, al menos, un letrado que preste asistencia al interesado, deben estar presentes en las audiencias.”

Art. 36 CCCN. “Intervención del interesado en el proceso. Competencia... Interpuesta la solicitud de declaración de incapacidad o de restricción a la capacidad... si la persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso ha comparecido sin abogado, se le debe nombrar uno para que la represente y le preste asistencia letrada en el juicio...”

²⁵ **Art. 19 inc. e), último párrafo, CPMF:** En los supuestos que se modifique el centro de vida, el proceso, aun cuando tuviere sentencia, se remite al juez competente por la materia de la jurisdicción territorial pertinente.

²⁶ Fallos 328:4832, “T., R.A. s/ internación”, 27/12/2005, LA LEY 2006-C, 231 con nota de Nicolás Diana.

las exigencias legales, el juez tiene el deber de señalar previamente los defectos u omisiones que contenga y ordenar se subsanen dentro de un plazo, pues el rechazo sin dar trámite sólo es admisible ante el incumplimiento de la referida subsanación, o cuando es ostensible la improponibilidad objetiva o subjetiva de la pretensión. Así lo establece expresamente el CPMF en el artículo 478 (Rechazo sin dar trámite), que establece que *“Si la demanda no se ajusta a las reglas establecidas, el juez emplaza al demandante para que subsane los defectos u omisiones. Si el emplazado no cumple dentro del plazo conferido, el juez puede rechazar de oficio la demanda.”*

El texto proyectado también consagra como deber del juez: *“Art. 51 inc. l) Disponer oficiosamente medidas de saneamiento para evitar la indefensión de las partes y subsanar nulidades”*. Se trata de un dispositivo tendiente a evitar excesos rituales y facilitar la efectividad de la tutela judicial, conforme los nuevos paradigmas del proceso de familia.

e) *Reconducción de postulaciones.*

La reconducción de postulaciones constituye una aplicación del principio *“iura novit curia”* en materia procesal, que consiste en cumplir una tarea docente -que también incumbe al órgano judicial²⁷- de advertir al postulante que ha elegido el camino equivocado, indicando cuál es el rumbo correcto, en lugar de rechazar la presentación indicando que debe *“ocurrir por la vía pertinente”* o expresión equivalente.

El CPMF consagra la reconducción como deber del juez en el art. 51 e impone (inc. c) *“Aplicar la normativa procesal...de manera proactiva, a fin de lograr la solución más justa y eficaz al conflicto que se le presenta”* e (inc. j) *“Integrar las normas procesales en los casos en los que se carece de una regulación expresa a fin de tratar adecuadamente el conflicto.”*

Cabe agregar que el art. 14 del título preliminar establece el principio de flexibilidad de las formas, que establece *“Para evitar excesos rituales, el juez puede adaptar las formas sin conculcar el debido proceso. El pedido y la causa de la petición pueden ser interpretados extensivamente”*, disposición que está en línea con la reconducción de postulaciones y va más allá, pues autoriza la

²⁷ PEYRANO, Jorge W., “Sobre la función docente de las resoluciones judiciales” en *Soluciones procesales*, Rosario, 1995, Ed. Juris, pág. 5 y sgtes.

adaptación de las formas y la flexibilidad en la interpretación del objeto de la pretensión y de la “*causa petendi*”.

2) Efectividad en el trámite del proceso y hasta la sentencia inclusive:

a) *Oralidad, intermediación y filmación de audiencias y entrevistas:*

El nuevo CCCN establece en el art. 706 la oralidad para los procesos de familia. El CPMF prevé la moderna oralidad de los llamados “procesos por audiencia”, que implica oralidad en la etapa probatoria (Título III, arts. 470/513) (no así la etapa de postulación, decisoria y recursiva, que se realizan por escrito), con filmación de la audiencia de prueba y aún de las entrevistas del juez con menores y personas con restricciones a la capacidad (art. 115). El texto consagra como principio el acceso limitado al expediente a las partes, sus representantes y letrados y a los auxiliares designados, lo que debe complementarse con un adecuado sistema informático que prevea la inclusión de los archivos fílmicos y los debidos resguardos para preservar la intimidad de los involucrados (art. 11). Asimismo, de conformidad con la Opinión Consultiva nº 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se estructura el proceso en dos instancias: una primera instancia unipersonal y la segunda instancia revisora, que debe ser colegiada.

Cabe destacar que la oralidad “para mejorar las condiciones de celebración de las actuaciones judiciales” constituye una de las medidas procesales incluidas en las “100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (regla 35²⁸). La oralidad en la prueba favorece el poder de dirección del proceso, reduce el campo de la inconducta procesal y facilita la concentración de actos; permite también un mayor acceso al juez, al viabilizar el contacto directo del juzgador con las partes en los actos en que su presencia resulta imprescindible.

Además, las Reglas de Brasilia aconsejan evitar la victimización que produce la realización de declaraciones de personas vulnerables por la edad o por padecer restricciones a la capacidad, motivo por el cual aconseja la

²⁸ REGLAS DE BRASILIA. “(35) **Oralidad:** Se promoverá la oralidad para mejorar las condiciones de celebración de las actuaciones judiciales contempladas en el Capítulo III de las presentes, y favorecer una mayor agilidad en la tramitación del proceso, disminuyendo los efectos del retraso de la resolución judicial sobre la situación de las personas en condición de vulnerabilidad”.

videograbación de sus declaraciones para su reproducción en las sucesivas instancias²⁹. Así lo ha consagrado el CPMF en el art. 115 inc. e), segundo párrafo.³⁰

b) La especialización y la multidisciplina:

El art. 706 CCCN inciso b) establece que los jueces ante los cuales tramitan las causas de familia deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario y así lo consagra el art. 4 del título preliminar del CPMF.

Los elementos emocionales y psicológicos que involucra todo conflicto familiar hacen imprescindible la especialización jurídica en el tratamiento de dichas cuestiones, así como también dotar al juzgador de información ajena a la ciencia jurídica a través de la asistencia multidisciplinaria de trabajadores sociales, psicólogos y psiquiatras que integren su equipo de trabajo. Hay datos que resultan de las audiencias y entrevistas personales que pueden pasar inadvertidos para el juzgador por carecer de los conocimientos propios de otras ciencias, como la psicología o la psiquiatría. Es que, como sostuvo Michel Villey, profesor de la Universidad de París II, “El arte del Derecho es polifónico y, por lo tanto, aplicar al Derecho solamente la lógica monódica hecha para el matemático es como interpretar una sinfonía con un solo instrumento”.

c) La oficiosidad en el impulso, en la prueba y en materia cautelar:

El art. 709 del CCCN consagra la oficiosidad como principio para los procesos de familia, con excepción de los asuntos de naturaleza

²⁹ **(37) Anticipo jurisdiccional de la prueba.** Se recomienda la adaptación de los procedimientos para permitir la práctica anticipada de la prueba en la que participe la persona en condición de vulnerabilidad, para evitar la reiteración de declaraciones, e incluso la práctica de la prueba antes del agravamiento de la discapacidad o de la enfermedad. A estos efectos, puede resultar necesaria **la grabación en soporte audiovisual del acto procesal en el que participe la persona en condición de vulnerabilidad, de tal manera que pueda reproducirse en las sucesivas instancias judiciales.**

³⁰ **ARTÍCULO 115 CPMF. Reglas Generales.** Las audiencias, excepto disposición en contrario, se rigen por las siguientes reglas:...

e) Las audiencias se captan mediante medios electrónicos o audiovisuales y se registran mediante digitalización del archivo en el sistema informático. También se realiza un acta en la que se deja constancia de la audiencia. El acta debe ser firmada por el juez, el secretario y las partes, excepto cuando alguna de ellas no quiera o pueda firmar; en este caso, debe consignarse esa circunstancia.

Las entrevistas del juez con niños, niñas y adolescentes, con personas con capacidad restringida y con incapaces, también se captan mediante medios electrónicos o audiovisuales y se registran mediante la incorporación del archivo de video en el sistema informático.

La audiencia preliminar no se filma, debiendo labrarse acta de su contenido. Las tratativas tendientes a la solución consensuada del conflicto, previas o no al juicio, tampoco son filmadas.

Si se arriba a un acuerdo, se labra acta y, de ser posible por la materia, se lo homologa en la audiencia, resolviendo sobre costas, honorarios y entrega de bienes en el mismo acto. Caso contrario, se deja constancia de no haberse arribado a una solución consensuada del conflicto.

exclusivamente económica en los que las partes sean personas capaces, disposición que involucra el impulso oficioso y la potestad de disponer pruebas oficiosamente. El dispositivo legal parece destinado a asegurar el plazo razonable en la resolución de los conflictos familiares, procurar el acceso a la verdad material de los hechos y evitar dilaciones deliberadas, reñidas con los principios de buena fe y lealtad procesal, también consagrados en el art. 706 CCCN.

El CPMF ha avanzado en la regulación del principio de oficiosidad en el art. 9, al incluir también la potestad de ordenar medidas provisionales y cautelares no patrimoniales³¹, dispositivo que permite cumplir con el deber genérico de prevención (art. 1710 CCCN) y asegurar la eficacia de las sentencias y, por esa vía, la tutela efectiva.

Toda vez que el impulso y la prueba de oficio no proceden en los conflictos de naturaleza patrimonial entre plenamente capaces, se han regulado también la caducidad de la instancia (arts. 441/449 CPMF), con intimación previa por única vez, previo a su declaración³², y la caducidad de la prueba (art. 152, último párrafo, CPMF³³).

d) *La carga de la prueba sobre quien esté en mejores condiciones de aportarla (o deber de colaboración probatoria).*

El art. 710 CCCN establece, entre los principios relativos a la prueba, que “la carga de la prueba recae, finalmente, en quien están en mejores condiciones de probar”. En mi opinión, el texto de la norma consagra algo diferente de lo que conocemos como “doctrina de las cargas dinámicas de la prueba”, en tanto esta funciona como instituto excepcional, sólo en casos de prueba difícil. El art. 710 establece, en cambio, una distribución subjetiva del

³¹ **ARTÍCULO 9 CPMF. “Oficiosidad.** El impulso procesal está a cargo del juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente y disponer medidas provisionales y cautelares no patrimoniales. El impulso oficioso no procede en los asuntos de naturaleza exclusivamente económica en los que las partes sean personas plenamente capaces.”

³² **ARTÍCULO 446 CPMF,** 2do. Párrafo: “...La petición debe formularse antes de consentir el solicitante cualquier actuación del tribunal o de la parte, posterior al vencimiento del plazo legal y se sustancia únicamente con un traslado a la parte contraria, previa intimación por única vez, a las partes, para que en el término de cinco (5) días impulsen el trámite, bajo apercibimiento de disponerse la caducidad de la instancia.”

³³ **ARTÍCULO 152 CPMF. Facultades judiciales.** “...Si la parte plenamente capaz no efectuase los actos útiles para la producción de la prueba, el juez de oficio o a petición de la contraria, la notifica por cédula para que los realice en el plazo prudencial que se fije, el que puede ampliarse por causa justificada, siempre que la petición se efectúe antes del vencimiento del plazo. Vencido el plazo sin que se haya realizado, la medida de prueba caduca.”

esfuerzo probatorio conforme el criterio de facilidad en el aporte de los elementos de convicción³⁴, que es aplicable a todo proceso de familia, ya sea que presente o no especiales dificultades probatorias.

La regulación tiene su fundamento en la relevancia del conocimiento efectivo de los hechos de la causa en los conflictos familiares, presupuesto imprescindible para el dictado de sentencias justas, que permitan la tutela efectiva de los derechos.

Sin decirlo expresamente, el art. 710 PCCCU establece el deber de solidaridad y colaboración en el aporte probatorio en los procesos de familia. Así lo hemos interpretado y consagrado en el CPMF, al regular el instituto bajo la denominación de “principio de colaboración”³⁵. La solidaridad o colaboración en el aporte de la prueba facilita acceder a la determinación verdadera de los hechos de la causa, cuestión relevante para asegurar tutela efectiva, ya que ninguna decisión puede ser justa si se funda en hechos erróneos³⁶.

e) La flexibilidad y adaptación de las formas.

Si las formas procesales deben servir a la mejor realización del derecho material, debe admitirse la posibilidad de su flexibilización para evitar excesos formales, como ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso “Colalillo”³⁷. También la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado en el caso “Bámaca Velásquez” que el proceso es un medio para realizar la justicia y que ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades.³⁸ Por supuesto dicha flexibilización debe realizarse respetando la paridad de trato y la garantía de la defensa.

En esa misma línea de pensamiento, la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires ha dicho que “*Encontrándose en juego la suerte de un niño,*

³⁴ **DE LOS SANTOS**, Mabel., “Las cargas probatorias dinámicas en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, en PEYRANO, Jorge W. (Director), *Nuevas herramientas procesales*, Rubinzal Culzoni, 2013, p. 375 y sgtes.

³⁵ **ARTÍCULO 151 CPMF**. “**Principio de colaboración**. Las partes tienen el deber de prestar colaboración para la efectiva y adecuada producción de la prueba. Cualquier incumplimiento injustificado de este deber genera una presunción en su contra, sin perjuicio de lo previsto respecto de cada medio probatorio. El deber de colaboración alcanza a los terceros y su incumplimiento tiene las consecuencias previstas en cada caso. La carga de la prueba recae en quien está en mejores condiciones de probar.”

³⁶ **DE LOS SANTOS**, Mabel, “El debido proceso ante los nuevos paradigmas”, LA LEY 09/04/2012, 1, LA LEY 2012-B, 1062, con cita de **TARUFFO**, Michele, *Simplemente la verdad*, Ed. Marcial Pons, 2010, p. 135. En igual sentido, **CHIARLONI**, S., “Giusto proceso, garanzie processuali, giustizia della decisione”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2008:129

³⁷ Fallos 238:550.

³⁸ Conf. “Bámaca Velásquez”, sentencia del 25/11/2000, serie C, n° 70, párr. 96.

*toda consideración formal pasa a segundo plano; en los procesos en los que se ventilan conflictos familiares que involucran a un niño, se amplía la gama de poderes del juez, **atribuyéndosele el gobierno de las formas**, a fin de adaptar razonable y funcionalmente el orden de sus desarrollos a la finalidad prioritaria de que la protección se materialice; en estos litigios, aislar lo procesal de la cuestión sustancial, limitarlo a lo meramente técnico instrumental, es sustraer una de las partes más significativas de la realidad inescindible.”³⁹*

El CPMF así lo establece en el art. 14 del Título Preliminar, que establece bajo la denominación de “Flexibilidad de las formas” que *“Para evitar excesos rituales, el juez puede adaptar las formas sin conculcar el debido proceso. El pedido y la causa de la petición pueden ser interpretados extensivamente.”*

También se consagra en el art. 470 CPMF⁴⁰ la potestad del juez de resolver, mediante decisión inapelable, el trámite por el cual se sustanciará la contienda entre los tres previstos (ordinario, extraordinario o urgente), que son de aplicación supletoria, cuando la contienda no deba tramitar por alguno de los procesos especiales regulados en el Libro III (autorizaciones judiciales, alimentos, divorcio, filiación, sistema de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes, adopción, violencia familiar, restitución internacional de menores y restricción a la capacidad e incapacidad e información sumaria). La norma establece asimismo la posibilidad de cambiar el proceso mediante resolución fundada, emplazando a las partes a ajustar sus peticiones, instituto que permite adecuar el proceso a los hechos sobrevinientes y aún al derecho sobreviniente, sin afectar las garantías esenciales de igualdad y defensa.

Similar potestad se confiere al juez para asegurar la efectividad de la tutela en materia de procesos urgentes (art. 510 CPMF)⁴¹, norma que tiene

³⁹ SCBs. As., 15/7/2009, Derecho de Familia, nro. 45, Marzo/Abril 2010, pág. 192.

⁴⁰ **ARTÍCULO 470 CPMF. Proceso supletorio.** Los procesos que no tengan asignado un trámite especial conforme este código, se rigen por el trámite del proceso por audiencias ordinario que se regula en este capítulo, por el trámite extraordinario o por la vía del proceso urgente, según lo disponga el juez, cuya decisión es inapelable. El juez, en atención a la mayor o menor complejidad de la cuestión, puede cambiar el tipo de proceso mediante resolución fundada, intimando por cédula a las partes para que dentro del plazo de diez días adecuen sus peticiones conforme a su decisión, la que sólo es susceptible de reposición.

⁴¹ **Proceso urgente. Reglas generales. ARTÍCULO 510 CPMF. Adaptación del proceso. Potestades judiciales.** “En casos de extrema urgencia, si es necesario para salvaguardar derechos fundamentales de las personas, el juez puede resolver la pretensión del peticionario acortando los plazos previstos para el proceso extraordinario y disponiendo las medidas que juzgue necesarias para una tutela real y efectiva.

como fuente lo que Morello⁴² denominó “cláusula llave” y que permite al tribunal adaptar fases sobre la marcha del trámite -de oficio, pero respetando siempre la bilateralidad y paridad de trato-, de manera que su desarrollo sea funcional y guiado por criterios finalistas y pragmáticos, gobernados por la intermediación. El texto proyectado por Morello y Arazí⁴³ ha sido recibido, textualmente, en el Código Procesal Modelo para la Justicia de Familia.

f) La flexibilización de la congruencia.

El principio de congruencia consiste en la traducción procesal del principio lógico de identidad y constituye una directriz relativa a la correspondencia que debe existir en todo proceso judicial entre la pretensión principal más las pretensiones desestimatorias o reconvencionales formuladas por las partes y lo que el juez resuelve en la sentencia. Hasta no hace mucho tiempo la doctrina procesal ha venido sosteniendo, sin discrepancias, que la congruencia constituye un principio o regla de absoluta observancia para el dictado de toda resolución judicial, que es condición necesaria del debido proceso.

Sin embargo, en los últimos tiempos, en gran medida como consecuencia de la novedosa incorporación convencional y constitucional de la garantía de la tutela efectiva y su necesaria compatibilización con las restantes garantías, ha comenzado a aceptarse la posición que vengo sosteniendo⁴⁴, que afirma la necesidad de revisar este concepto y admitir excepciones a la exigencia de congruencia a los fines de no incurrir en ritualismos excesivos, que impidan la efectiva tutela procesal de los derechos.

El principal fundamento que sostiene esta tesis es que, si bien la congruencia constituye un resguardo para evitar todo menoscabo a la defensa, es menester compatibilizar su aplicación práctica con otras garantías, en particular, la que ampara a quien reclama justicia, de obtener tutela judicial

Excepcionalmente, cuando existe prueba fehaciente y evidencia del derecho invocado, puede resolverse sin sustanciación...”

⁴² MORELLO, Augusto M., “Qué entendemos, en el presente, por tutelas diferenciadas”, pp. 15-19, en Revista Argentina de Derecho Procesal, *Tutelas diferenciadas I*, 2008-2, Rubinzal Culzoni, 2008.-

⁴³ MORELLO, Augusto y ARAZI, Roland, “Procesos urgentes”, JA 2005-I, pp. 1348-1352.

⁴⁴ DE LOS SANTOS, Mabel, “Los valores en el proceso civil actual y la consecuente necesidad de reformular los principios procesales”, J.A., 2000-I, pág. 752 y siguientes.

efectiva pues, en ocasiones, un apego excesivo a la congruencia impide la resolución eficaz y justa del conflicto⁴⁵.

Así puede verificarse en la interpretación acordada por el plenario de la Cámara Nacional en lo Civil en el caso “M., I.L. c/ O., J.O.” del 28/10/2010, que decidió que *“no corresponde decretar la separación personal o el divorcio vincular por la causal prevista en los arts. 204 y 214 inc. 2º del Código Civil, cuando ésta no fue invocada expresamente en la demanda y en la reconvenición y se rechazan las causales subjetivas –art. 202 del Código Civil– en las que los cónyuges sustentaron sus pretensiones”*.⁴⁶ Si bien la cuestión ha quedado superada con la consagración en el nuevo CCCN del divorcio incausado, una lectura de los argumentos dados en el plenario permite advertir que la interpretación de la mayoría frustraba la tutela efectiva de los derechos, prolongaba innecesariamente un conflicto familiar sin dar solución alguna y constituía un exceso ritual. Es que la solución propuesta de admitir el divorcio por la causal objetiva de separación de hecho por más de tres años, no invocada originariamente pero que se hallaba debidamente acreditada, no afectaba la garantía de la defensa; máxime cuando ambos cónyuges, como apelado y apelante en el recurso de inaplicabilidad de ley, solicitaban se los divorcie por la causal objetiva.

El CPMF consagra la flexibilización de la congruencia en el art. 51, relativo a los deberes y facultades del juez, dejando a salvo las restantes garantías involucradas⁴⁷, al que remite el art. 315⁴⁸, regulatorio de los requisitos de la sentencia definitiva de primera instancia.

3) Efectividad en la etapa de ejecución de los mandatos judiciales:

⁴⁵ **DE LOS SANTOS**, Mabel, “Principio de congruencia” en **PEYRANO**, Jorge W. (Director), *Principios procesales*, T. I, ed. Rubinzal Culzoni, 2011, pág. 199 y sgtes.

⁴⁶ El fallo in extenso puede consultarse en www.laleyonline.com.ar.

⁴⁷ **Art. 51 CPMF. Deberes y facultades del juez...** inciso d) “Excepcionalmente, admitir pretensiones o disponer prestaciones relacionadas con el objeto de la pretensión y la causa de la petición, *que no fueron inicialmente formuladas, siempre que los hechos que las originen se encuentren probados y que durante su incorporación al proceso haya mediado oportunidad de defensa.*”

⁴⁸ **Art. 215 CPMF. Sentencia definitiva de primera instancia.** Inciso f), 2do. Párrafo: “La sentencia puede hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hayan sido invocados oportunamente como hechos nuevos. También puede reconocer pretensiones u ordenar prestaciones, aun cuando no estén pedidas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 51 inciso d).”

La ejecución de la sentencia forma parte del proceso y, por consiguiente, éste no puede considerarse culminado hasta tanto se materialice el fin perseguido por quien acciona y obtuvo una sentencia favorable⁴⁹. El tiempo necesario para hacer efectiva la etapa de ejecución de la sentencia judicial hace parte del proceso y debe tomarse en cuenta para analizar el plazo razonable y similares consideraciones son aplicables al cumplimiento de todo mandato judicial.

Asegurar efectividad en la ejecución involucra no sólo que las sentencias sean cumplidas en un plazo razonable, sino también evitar la frustración de los derechos por el transcurso del tiempo y obtener el cumplimiento “in natura” de los mandatos de dar, hacer y no hacer. Los institutos que favorecen tales fines son los siguientes:

a) La ejecución parcial:

En principio, la ejecución presupone la existencia de una sentencia firme pues la concesión del recurso de apelación normalmente priva de la jurisdicción al juez de la instancia apelada mientras se sustancia y resuelve el recurso interpuesto, conforme el precepto “*appellatione pendente nihil innovandum*”.

Sin embargo, la imposibilidad de continuar el proceso se refiere sólo a las cuestiones que hayan sido objeto de impugnación, lo que hace necesario incluir expresamente una regulación de la ejecución parcial de las sentencias respecto de los aspectos que adquirieron firmeza por no haber sido objeto de recurso, dispositivo que permite acelerar el cumplimiento de los mandatos judiciales, pues en materias que involucren a menores, el transcurso del tiempo puede tener efectos irreparables.

Adviértase que el efecto suspensivo se produce también de hecho, aún respecto de las cuestiones firmes resueltas en sentencias parcialmente apeladas, cuando el beneficiario de la condena firme no ha obtenido un pronunciamiento que le permita extraer copias para continuar con la ejecución de los aspectos que han quedado consentidos del decisorio. También en esa hipótesis se postergará la ejecución hasta que el tribunal de apelaciones dicte su sentencia.

El CPMF ha incluido expresamente la procedencia de la ejecución parcial en el art. 369, que establece que “*La sentencia puede ejecutarse*

⁴⁹ CIDH, “Furlan vs. Rca. Argentina”, párr.. 149.

parcialmente en la parte y por el monto que haya quedado firme. El título ejecutorio consiste, en este caso, en una copia certificada que debe expresar que ha recaído sentencia firme respecto de la condena que se pretende ejecutar por haber sido consentida y la ejecución tramita por pieza separada.”

b) La ejecución provisoria:

Para evitar la frustración del derecho es conveniente también incluir la ejecución provisional de la sentencia no sólo cuando la apelación no tiene efectos suspensivos (devolutivo), sino también a pedido de parte en casos de urgencia y bajo fianza o caución, para evitar la frustración del derecho.

La denominada “ejecución provisoria de la sentencia civil” consiste en la facultad que tiene la parte beneficiaria de una sentencia de condena para requerir el cumplimiento de la misma, aun cuando no se encuentre firme. El instituto se encuentra estrechamente vinculado con los efectos suspensivo o devolutivo del recurso de apelación, pero también tiene puntos de contacto con las medidas provisionales o anticipadas, que participan de caracteres comunes con la ejecución provisoria pues ambas producen efectos interinos, aunque se diferencian esencialmente por cuanto la ejecución provisional constituye una manifestación de la tutela ejecutiva, mientras las medidas provisionales o anticipadas lo son de la tutela cautelar. Finalmente y para concluir la descripción de la ejecución provisoria, debe recordarse que es de la naturaleza del instituto que lo acordado provisoriamente sea reversible, circunstancia que justifica, salvo excepciones, la fijación de fianza por parte del tribunal que entiende en la ejecución. En efecto, la ejecución provisional presupone: a) una sentencia de condena, b) que medie pedido de parte interesada y, salvo excepciones, c) la dación de previa fianza que torne reversible lo concedido provisionalmente⁵⁰.

Ahora bien, en los ordenamientos procesales del país se ha establecido como regla la apelación con efecto suspensivo –salvo el caso del Código de Jujuy-, indicando las leyes, específicamente, como excepciones, los casos de concesión con efecto devolutivo (que se reducen a los casos de apelación de la sentencia definitiva en juicio sumarísimo, salvo perjuicio irreparable; la

⁵⁰ **DE LOS SANTOS**, Mabel, “La ejecución provisoria de la sentencia civil en el derecho argentino”, Informe realizado para el Congreso Iberoamericano de Derecho Procesal celebrado en Lima, Perú, octubre de 2008, *Libro de Ponencias*, p. 593-610; publicado también en **Doctrina Judicial** del 24/9/2008, n° 39, p. 1466, DJ 2008-II-1466.

sentencia del juicio ejecutivo, previa fianza; la sentencia favorable del juicio de alimentos y la sentencia en el ámbito del recurso extraordinario federal, cuando está precedido de dos sentencias en igual sentido que establece el art. 258 CPCCN), de lo que puede colegirse que solamente es posible ejecutar anticipadamente en los casos en que la ley expresamente lo autoriza.⁵¹ La concesión no suspensiva de la apelación permite -en algunos casos previa fianza y en otros sin ella- la ejecución provisional.

El Código Procesal de Jujuy⁵² -a diferencia de lo que es regla en los restantes ordenamientos procesales nacionales- establece en el art. 221 que toda sentencia definitiva será apelable libremente y con efecto suspensivo y que en los demás casos procederá en relación y *con efecto devolutivo*, salvo disposición en contrario. Asimismo el art. 399 sobre juicio sumarísimo, establece que el recurso contra la sentencia debe concederse con efecto suspensivo, salvo el caso de *alimentos, tenencia provisional de hijos y el ejercicio de la patria potestad*, que lo será sólo en efecto devolutivo; disposición que da cuenta de la importancia de la ejecución provisional en los asuntos de familia.

Ahora bien, en los códigos procesales argentinos no existe un tratamiento sistemático de la ejecución provisoria de la ejecución sujeta a recurso, como se observa actualmente en la Ley de Enjuiciamiento Civil española o en el Código Procesal Civil Alemán (ZPO)⁵³, así como en el Código General del Proceso del Uruguay (arts. 375/376). Ante tan limitada regulación de la ejecución provisional en nuestros códigos, la aspiración de una pronta satisfacción aparece desvanecida en juicios que involucran a niños, ámbito donde “el transcurso del tiempo puede tener consecuencias irremediables”⁵⁴.

Habida cuenta la idoneidad de la ejecución provisoria para asegurar efectividad en tiempo útil, el instituto fue regulado en los arts. 363/365 del CPMF⁵⁵.

⁵¹ **DE LÁZZARI**, Eduardo, “La ejecución provisoria de la sentencia como tutela de urgencia y como tutela de evidencia”, ponencia general de la Subcomisión 2: Ejecución provisoria de la sentencia, Libro de Ponencias del XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Córdoba, 18 al 20 de septiembre de 2013.

⁵² Código Procesal Civil de Jujuy: Ley n° 1967. Sanción 10/III/1949. Promulgación: 18/III/1949. B.O. 21/VII/1949.

⁵³ **DE LOS SANTOS**, Mabel, “La ejecución provisoria...” cit., DJ 2008-II-1466.

⁵⁴ **TEDH**, 22/6/2004, “P.B y M.A. c/ Rumania”.

⁵⁵ **ARTÍCULO 363 CPMF. Normas generales.** La ejecución provisoria y la definitiva se realizan conforme los mismos procedimientos. Cuando sea pertinente, el trámite incidental de liquidación precede

c) **La ejecución con apoyo multidisciplinario:**

La intervención interdisciplinaria hace al cumplimiento más adecuado y menos traumático de los mandatos judiciales en la materia, lo que permite conciliar la efectividad con la tutela de las personas en situación de vulnerabilidad y el interés superior del niño.

El CPMF regula la ejecución con apoyo multidisciplinario en el art. 361, que establece bajo el título: ***“Facultades del tribunal y de las partes. ...El juez puede ordenar que las decisiones relativas a exclusión del hogar, re-vinculación parental, cumplimiento del régimen de comunicación u otras medidas análogas se cumplan con el auxilio de personas que integran el equipo técnico multidisciplinario del juzgado u otros profesionales que se estimen necesarios para otorgar eficacia plena a la resolución”***.

Así también, en materia de restitución internacional de menores, verificar y supervisar el cumplimiento de la sentencia constituye un verdadero deber funcional de los magistrados, emanado del principio de tutela judicial efectiva, con el objeto de asegurar una adecuada protección al interés superior del niño⁵⁶. La “Guía de Buenas Prácticas” en virtud del Convenio de La Haya

a ambos. Las cuestiones decididas en la sentencia que no han sido objeto de recurso son susceptibles de ejecución parcial definitiva.

ARTÍCULO 364 CPMF. Ejecución provisional. La ejecución provisional puede ser solicitada en los siguientes casos:

a) Cuando la ley dispone que la apelación no tiene efectos suspensivos.

b) Si dentro del plazo de cinco (5) días desde la notificación de la sentencia de condena, el vencedor ofrece garantía suficiente para responder, en su caso, por los gastos judiciales y los daños que pueda ocasionar a la contraria. El juez autoriza la ejecución provisional siempre que, por las circunstancias del caso, exista peligro de frustración del derecho reconocido, derivado de la demora en la tramitación de la segunda instancia. En tal caso, el juez ordena la formación de pieza separada con las copias necesarias para la ejecución, de modo de no obstruir el trámite de la apelación. La contraparte puede solicitar la suspensión de la ejecución provisional por causarle perjuicio grave, de difícil reparación ulterior. Si el juez considera razonable el planteo, por decisión fundada, exige al condenado que preste garantía suficiente para asegurar el objeto de la ejecución con más sus accesorios. Si la sentencia de segunda instancia confirma la de primera, la ejecución provisoria deviene definitiva. Si la revoca, el juez debe ordenar volver las cosas al estado anterior, con más los daños y perjuicios que correspondan. De no ser posible, a pedido de parte formulado dentro de los noventa (90) días, se ordena el resarcimiento de los daños que la ejecución provisoria ha causado. Vencido ese plazo, caduca su derecho.

ARTÍCULO 365 CPMF. Cancelación de garantías. Si la sentencia recurrida es confirmada, de oficio, el juez dispone el levantamiento de la garantía que el acreedor dio a los fines de la ejecución provisoria.

Si la parte condenada en la sentencia dio una garantía para detener la ejecución provisoria, ésta no se cancela hasta tanto la sentencia no haya sido ejecutada.

Si la sentencia es revocada en segunda instancia o en la instancia extraordinaria, la garantía no se cancela mientras los daños correspondientes no se hayan reparado totalmente.

⁵⁶ **DE LOS SANTOS**, Mabel, “Restitución internacional de menores y tutela efectiva”, ponencia general de la Subcomisión 3 de Derecho Procesal de Familia, XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Libro de Ponencias, pág. 402.

sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores⁵⁷ establece sobre el particular que *“cuando corresponda, los tribunales deberán solicitar la asistencia de profesionales del área de la psicología social así como la de mediadores profesionales con el objetivo de lograr un acuerdo amigable y preparar a las partes involucradas, particularmente al niño, para la restitución. Esta asistencia deberá estar disponible en todas las instancias del proceso si fuera necesario, incluida la instancia de ejecución...”*

d) Las medidas conminatorias pecuniarias y no pecuniarias:

Las medidas conminatorias constituyen una herramienta para obtener el cumplimiento de un mandato judicial desobedecido por su destinatario. A las tradicionales astreintes pecuniarias debe agregarse, como señala Peyrano⁵⁸, el instituto de las conminaciones personales, que son órdenes –de contenido no pecuniario–, emanadas de un tribunal de justicia a los fines del debido cumplimiento de un mandato judicial primigeniamente desobedecido, y que involucra para el desobediente la amenaza de un desmedro que, *prima facie*, podría llegar a ser de mayor entidad que el resultante de persistir en dicha actitud contumaz. Por su intermedio se procura lograr el acatamiento de órdenes judiciales desobedecidas mediante la amenaza de infligirle al desobediente un mal significativo y, como tal, apto para doblegar la resistencia ejercida. El CPMF regula ambas medidas de modo general en los arts. 366 a 368⁵⁹, a las que se agregan disposiciones específicas a tal efecto (vgr. art. 548 que consagra la restricción migratoria del deudor de alimentos).

⁵⁷ www.hcch.net/index_es.phpact=text.display&tid=21

⁵⁸ PEYRANO, Jorge W., “Astreintes no pecuniarias”, columna de opinión en Revista La Ley del 10/3/2015, p. 1 y 4.

⁵⁹ **ARTÍCULO 366 CPMF. Conminaciones económicas y personales.** En cualquier etapa del proceso y para el cumplimiento de sus resoluciones, el juez, de oficio o a pedido de parte, puede disponer las medidas de conminación necesarias, cualquiera sea el sujeto a quien se impongan.

ARTÍCULO 367 CPMF. Sanciones conminatorias pecuniarias. Las conminaciones económicas o astreintes se fijan por el juzgado en una cantidad de dinero a pagar por cada día que demore el cumplimiento, teniendo en cuenta la naturaleza del asunto y las posibilidades económicas del obligado, de modo que signifiquen una efectiva constricción al cumplimiento.

El juez puede, en cualquier momento, de oficio o a pedido de parte, aumentar, moderar o suprimir la sanción pecuniaria fijada. Una vez liquidada y firme es ejecutable contra el obligado.

El destino de las sanciones pecuniarias compulsivas es establecido por el juez, por resolución fundada, a favor de la contraparte o de algún organismo estatal de protección de la niñez y adolescencia. En cualquier caso, la sanción es independiente del derecho a obtener el resarcimiento del daño causado por el incumplimiento.

ARTÍCULO 368 CPMF. Sanciones conminatorias no pecuniarias. El juez puede imponer al responsable del incumplimiento de las decisiones judiciales las medidas más idóneas para persuadirlo a cumplir la orden judicial en tiempo razonable. Estas medidas no deben lesionar los derechos de las personas vulnerables involucradas.

e) **La ejecución no sustituible (sentencia mandamental):**

El concepto de sentencia mandamental fue elaborado por Georg Kuttner en 1914, en su obra *Urteilswirkungen ausserhalb des Zivilprozesses* (*Efectos de la sentencia fuera del proceso civil*) como órdenes dirigidas a otro órgano estatal, a una autoridad pública o funcionario público a los fines que se realice u omita determinado acto y se caracterizan por cuanto no producen cosa juzgada, se dirigen a otro órgano público ajeno al proceso y necesitan de la ulterior solicitud de parte interesada⁶⁰. La doctrina brasileira, a través de las obras de Pontes de Miranda y Ovidio B. da Silva, ha revitalizado y enriquecido el concepto de las sentencias mandamentales, estableciendo que éstas se verifican también más allá de los estrechos límites impuestos por Kuttner, pues no se dirigen exclusivamente a otros órganos públicos ajenos al proceso, ni tampoco necesitan nueva solicitud de parte interesada. Son sentencias caracterizadas porque “ordenan o mandan”, están precedidas de una cognición sumaria y son de ejecución forzosa “*manu militari*”.⁶¹

La sentencia mandamental involucra un mandato no sustituible por dinero ni de ejecución subrogada (por otra persona). El juez ordena al accionado hacer o no hacer y su incumplimiento configura el delito de desobediencia. Existen muchas órdenes o mandatos judiciales en el proceso de familia que participan de esta categoría, verbigracia, la orden de restitución de menores trasladados o retenidos ilícitamente. Se trata de mandatos que exigen ejecución directa.

Marinoni distingue entre medios ejecutivos que sustituyen una prestación de la parte y los medios ejecutivos que actúan cuando esa prestación no existe. En el primer caso, en que la ejecución sustituye a la prestación de la parte, hay subrogación, mientras que, en el segundo, cuando la actividad ejecutiva no

⁶⁰ **GUIMARAES RIBEIRO**, Darci, *Da tutela jurisdiccional as formas de tutela*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010, p. 84, con cita de **GOLDSCHMIDT**, *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, Labor, 1936, p. 113 y **BARBOSA MOREIRA**, “A sentença mandamental, Da Alemanha ao Brasil”. In: *Revista de Processo*, nº 97, p. 252; **OVIDIO DA SILVA**, *Curso de processo civil*, V. II, p. 359, entre otros.

⁶¹ **GUIMARAES RIBEIRO**, Darci, op. cit., p. 88 y sgtes.

sustituye a la prestación debida (pues ésta no existe), hay coerción directa, como sucede en las sentencias mandamentales⁶².

Es relevante el análisis y la regulación de los distintos tipos de sentencia y formas de cumplimiento de las mismas. El Código Procesal Modelo de Familia ha incluido específicas formas de ejecución directa (v. arts. 545, 546, 548, 549 y 550 en el juicio de alimentos, arts. 626 y 627 sobre medidas de protección en el proceso de declaración de adoptabilidad, art. 627 en materia de violencia familiar, arts. 708 y 713 sobre restitución internacional de menores, etc.). Asimismo, el art. 361 titulado “Facultades del tribunal y de las partes” estableció que: *“La etapa de ejecución se circunscribe a la realización o cumplimiento concreto de lo establecido en la resolución dictada por el tribunal. El juez debe dirigir el proceso con autoridad y adoptar todas las medidas necesarias para el cumplimiento específico de sus decisiones. La ejecución subrogada o la sustitución por indemnización proceden sólo cuando se han agotado las medidas de compulsión para obtener el cumplimiento efectivo de los mandatos...”*

VI.- La efectividad como pauta de interpretación normativa. Conclusiones:

Constituye una premisa insoslayable que en el nuevo CCCN la efectividad constituye una pauta de interpretación normativa dirigida al juez, quien en la aplicación de las normas deberá optar por la más congruente con ese fin. Sin embargo, es función del derecho procesal aportar la regulación de los institutos necesarios para la efectividad del derecho sustancial. En esa tarea, los dispositivos legales antes enunciados constituyen herramientas idóneas para asegurar efectividad a través de la regulación de forma.

Nos hallamos sin duda ante un importante desafío que exige consensos básicos y creatividad, pues como señala la Exposición de Motivos de las 100 Reglas de Brasilia, “poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de ese derecho”. En esa tarea, como señaló

⁶² **MARINONI**, Luiz Guilherme, “La ruptura del principio de tipicidad de los medios ejecutivos en el derecho brasileño”, Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 640, 9 abr. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6515> Acesso em: 19 out. 2006.

Goethe, “no preguntemos si estamos plenamente de acuerdo, sino tan sólo si marchamos por el mismo camino.”

-----MDS