

## Relaciones y tensiones entre el Derecho Procesal y las ramas sustantivas

-El caso del Derecho Procesal de Familia-[1]

Yamila Carrasco [2]

### Introducción [\[arriba\]](#)

Si bien hay quien señala que la historia del pensamiento en materia procesal puede remontarse al origen de la humanidad y a la temprana aparición de los conflictos intersubjetivos de intereses, fue recién al emanciparse del “derecho material” cuando el Derecho Procesal logró científicidad y ganó en autonomía. La conceptualización y delimitación de las nociones elementales de Acción, Jurisdicción y Proceso permitieron consolidar la trilogía estructural de nuestra materia. Asimismo, el Proceso, cual debate dialéctico entre iguales y ante un tercero imparcial, se consolidó como la vía de resolución de conflictos por antonomasia. Del mismo modo, la abstracción de la acción y su necesaria proyectividad permitió estructurar al proceso como método, con prescindencia del conflicto de relevancia jurídica que en su interior se discute. De hecho, una vez definido el litigio, el conflicto fue situado extraprocesalmente “en el plano de la realidad social”.

Hoy en día, más de cien años de ciencia procesal autorizan a pergeñar un Derecho Humano al Proceso. Sin embargo - y pese a ello - asombra que cada vez sean más las ramas “sustantivas” que propenden a normar su “propio” nicho de conflictos, cercenado o mutilando con fundamento en su “universo de particularidades” las garantías del juicio. Lo peculiar de este fenómeno es que de alguna manera insinúa una regresión en el tránsito de la ciencia procesal y describe una avalancha de normación que mirando en exclusiva al conflicto de intereses, regula el juicio, desconociendo el método de enjuiciamiento y violando con ello el mandato constitucional y convencional.

A partir del desarrollo de estas ideas, la presente ponencia pretende analizar la emergencia, el alcance y el contenido de la expansión del denominado “Derecho Procesal de Familia” y reflexionar acerca del lugar que en este nuevo paradigma ocupa el Derecho Procesal y, concretamente, el Proceso.

### I. Del conflicto intersubjetivo de intereses [\[arriba\]](#)

El conflicto es un fenómeno que ha preocupado - desde siempre y persistentemente- al ser humano. Puede que por ello su alcance y características hayan sido siempre un tema de interés de diferentes ámbitos del conocimiento. No obstante, no es usual encontrar un abordaje sistemático del mismo[3].

Si bien hay quienes lo explican a partir del cambio de una situación a otra y las conductas que ello genera, otros han puesto el acento en los distintos intereses que lleva a los sujetos a orientar sus acciones a su esfera personal y a tomar medidas preventivas que delimitan su actuación. Asimismo, hay quien pretende encontrar la respuesta en la escasez de bienes, concluyendo que es allí donde reside lo que impulsa a las personas a enfrentarse[4].

Alvarado Velloso nos enseña que cuando el hombre deja su estado de soledad y comienza a vivir en sociedad (en rigor, cuando deja simplemente de vivir para empezar a convivir) aparece ante él la idea de conflicto: un mismo bien de la vida, que no puede o no quiere compartir, sirve para satisfacer el interés de otro u otros y, así, todos lo quieren contemporánea y excluyentemente.[5]

Sea como fuere, parece ser que el conflicto ha sido - y es - a lo largo de la historia de la humanidad, evidentemente inevitable. Porque o bien se lo piense

“anómalo”[6] o decididamente “estructural”[7], ninguna cultura jamás ha alcanzado la utópica armonía necesaria para superarlo. De hecho, para sobrevivir, cada una ha requerido de un medio aceptable para resolverlos y prevenir la venganza de los vencidos[8].

Como se ha dicho, desde el albor de los tiempos la única manera de evitar la conducta opuesta a la deseada por un miembro de la comunidad era la persuasión o el recurso a la violencia. En el comienzo de la evolución del grupo, aparece la necesidad de excluir de él la realización de ciertas conductas, es decir, de motivar abstenciones y ejecuciones de conductas.

Por otra parte la historia indica que las primeras formas asumidas para la resolución de conflictos entre hombres fueron producto de sus propias decisiones. Ya porque aplicaban la ley del más fuerte o bien porque convenían una pauta de acercamiento que evitaba profundizar la crisis[9]. Así, dispuesto el grupo a motivar ciertas conductas y evitar otras, recurrió primero a un sistema directo de motivación. La autoridad moral o religiosa del Jefe o Brujo; más tarde, coexistiendo con este sistema de motivación directa, desarrolla la técnica indirecta. Es decir, para evitar la conducta “a” se amenaza a quien la realiza con una sanción. Y lo que es lo mismo, para obtener una determinada conducta “x” se amenaza con una sanción a quien realice la conducta contraria, es decir, la conducta “no-x”.

La forma que ha escogido cada grupo social para el manejo de los conflictos, ha ido generalmente variando a lo largo del tiempo, pero sin duda ella siempre ha sido el resultado de una serie de elecciones conscientes e involuntarias, realizadas desde sus condiciones de conocimiento, creencias y estructura social. De hecho, desde la “vendetta tribal” hasta la cárcel o la ejecución de bienes, hay sólo un proceso cultural evolutivo[10].

Por su parte, el ordenamiento jurídico resulta ser la más antigua de las estrategias disuasivas de prevención de conflictos[11].

Coincidentemente con ello, la historia del pensamiento en materia procesal concuerda con la evolución de la humanidad misma y la construcción de su cultura. A sazón de esta misma idea Alvarado delimita la razón de ser del Proceso: “si la idea de proceso se vincula históricamente y lógicamente con la necesidad de organizar un método de debate dialéctico y si se recuerda por que fue menester ello, surge claro que la razón de ser del proceso no puede ser otra que la erradicación de la fuerza en el grupo social, para asegurar el mantenimiento de la paz y de normas adecuadas de convivencia”[12].

Monroy Gálvez afirma que el origen del proceso civil es, de alguna manera, el origen de la civilización: “Que el hombre sea hoy la especie animal predominante se debe, entre otras razones, a que aprendió a solucionar sus conflictos sin destruirse, recurriendo a un tercero”[13].

Sin embargo, como se ha dicho, la aparición del Derecho Procesal en el mundo del Derecho como rama jurídica autónoma es una historia relativamente reciente[14]; pues, el proceso como realidad es anterior al proceso como literatura[15].

## **II. Hacia la Ciencia del Derecho Procesal** [\[arriba\]](#)

En un excelente ensayo donde se ocupa de analizar la actual inserción del Derecho Procesal en la Teoría General del Proceso, Andrea Meroi pone de resalto que si bien hay quienes ubican al origen del Proceso en los albores de los tiempos, el Derecho Procesal tuvo que recorrer un largo camino hacia su cientificidad[16].

Como sabemos, su cientificidad y autonomía empezó recién a forjarse con el estudio de la Acción. Ya que mientras la Acción fue un mero elemento del derecho subjetivo violado no era concebible un Derecho Procesal autónomo[17].

Recordaba en uno de sus libros Santiago Sentís Melendo: “El derecho procesal, como verdadera disciplina científica, es una rama de creación moderna. Quienes seguíamos los cursos universitarios en España o en América, hasta la tercera década de este siglo, no estudiamos Derecho Procesal sino Procedimientos”[18].

De hecho, como explica Vescoví, en ciertas épocas hasta el “Proceso” fue nada más que la simple sucesión de actos de procedimiento (etapa procedimentalista), para luego incursionar más a fondo en su estructura y naturaleza, comprendiendo que detrás de esos actos estaba aquel fin fundamental. Y tales actos presuponen y entrelazan a los tres sujetos esenciales: juez, actor y demandado[19].

No obstante, pese a que ya los juristas medioevales hablaron de tal acto triangular “actum triun personarum: iudicis, actoris et rei”, fueron los maestros alemanes quienes comenzaron a clarificar la cuestión hasta lograr la separación del derecho y de la acción. Para la ciencia del proceso “ello constituyó un fenómeno análogo a lo que representó para la física la división del átomo. Más que un nuevo concepto jurídico, constituyó la autonomía de toda esta rama del derecho. Fue a partir de este momento que el DERECHO PROCESAL adquirió personalidad y se desprendió del viejo tronco del DERECHO CIVIL”[20].

Gracias a sus aportes y su carácter subjetivo, público, autónomo y abstracto del derecho de accionar, el Derecho Procesal quedó, como ha dicho Couture en el lugar más próximo al Derecho Constitucional y, la Acción Procesal como forma típica del derecho de petición, configurado como garantía individual en la mayoría de las constituciones escritas[21].

Posteriormente, el jurista mexicano Humberto Briseño Sierra enfatizaría en el dinamismo jurídico (procedimiento) que se pone en marcha a través de las Instancias; esto es, de los actos de particulares que requieren respuesta de la autoridad. A partir de entonces, la característica distintiva de la Acción del resto de las posibles instancias, es su proyectividad: la respuesta de la autoridad no será dada sin involucrar primero en el debate a aquel respecto de quien se insta[22].

Sin embargo, fue con la construcción de la Teoría General del Proceso cuando se cimentaron definitivamente los institutos cardinales de su ciencia: la Acción, la Jurisdicción y el Proceso. Con ello se constituyó lo que hoy se denomina su “trilogía estructural”.

La mirada de la doctrina procesalista varía respecto al orden jerárquico que corresponde conferir a los elementos de la tríada. Hay por ejemplo quien reseña que en la segunda mitad del siglo XX era un lugar común en la doctrina definir el Derecho Procesal con referencia al Proceso, con lo que el elemento a definir se desplazó a éste, que se convirtió en el concepto base que daba unidad al conjunto[23].

La Modernidad antropocéntrica y escéptica fue sin dudas el “metarelato” que permitió este modo subjetivista de pensar el Derecho, que permitía empoderar a sus individuos y protegerlos contra cualquier orden de autoritarismos[24].

Se dice que en esa noción de individuo aislado se pudo edificar, a la par que otras ramas, nuestra materia y concentrar en el proceso la mayor parte de su contenido.

Sin dudas, el reconocimiento y fortalecimiento de los derechos fundamentales del individuo requirió un sistema de resolución de conflictos racionalmente organizado por el mismo Estado y, precisamente, en el diseño del “proceso” se pudo hallar prontamente la respuesta[25]. Así, el juicio fue concebido como un ámbito de plena racionalidad, donde las decisiones jurídicas del juez debían justificarse únicamente con referencia a otras reglas que asimismo, debían ser producto de la aplicación de procedimientos racionales[26].

Sin embargo, este ceñimiento en cuanto al objeto del Derecho Procesal al fenómeno Proceso generó con el tiempo la necesidad de esclarecer si otras instituciones opcionales al juicio, orientadas también a resolver controversias (mediación, conciliación, arbitraje y alternativas similares), resultaban o no equivalentes de éste y si además, formaban o no parte de sus contenidos[27].

### **III. El Derecho Procesal y las Ramas *Sustantivas*: la retracción y la expansión [\[arriba\]](#)**

Otra forma de ver al Proceso es precisamente como un instrumento para la satisfacción de las pretensiones. El derecho dedica el Proceso y la función jurisdiccional para atender a las “quejas” sociales convertidas en pretensiones jurídicas, tratando de dar satisfacción al reclamante[28].

La pretensión, de base sociológica, es en cierta medida “la queja” del individuo en sus reclamaciones a los demás hombres; como enseña Alvarado Velloso, ésta constituye “una declaración de voluntad hecha en el plano de la realidad mediante la cual se intenta subordinar a la propia una voluntad ajena”[29], con no menores incidencias técnico-jurídicas con el proceso mismo[30].

Entonces “en sentido estricto, el objeto del proceso, es decir, aquello sobre lo que versa éste de modo que lo individualiza y lo distingue de todos los demás posibles procesos, es siempre una pretensión, entendida como petición fundada que se dirige a un órgano jurisdiccional frente a otra persona, sobre un bien de la vida”[31].

Ello tal es así que los elementos de la pretensión modulan ciertos diseños de la serie procedimental y condicionan muchos institutos procesales. Sin embargo las ideas entorno a la abstracción de la acción, la estructura sustantiva del Proceso y la idéntica función jurisdiccional, no solo permitieron el desarrollo integral de la Teoría General del Proceso sino también el surgimiento de perspectivas Unitarias del Proceso[32] con la aspiración de homogeneizar - en su máxima expresión - a las formas procesales y habilitarlas para tramitar cualquiera de las pretensiones posibles (civiles, comerciales, laborales, de familia, constitucionales, contencioso administrativos y hasta penales)[33]. Ello así, en el entendimiento de que tales nociones fundamentales importan un “unidad conceptual”[34] y presentan siempre la misma estructura, sin que en absoluto la modifique la materia pretensional ni, por tanto, el conflicto de relevancia jurídica (litigio) que en el proceso se discute.

Como enseña Andrea Meroi “por mucho tiempo y mucho debatió la doctrina procesal sobre si era posible concebir un proceso como “tipo ideal”, aplicable a la satisfacción de cualquier pretensión, sea cual fuere la norma en la que se funde y en su caso, cuáles serían notas características”[35]. Sin embargo, como advierte la misma Meroi, en aras de lograr esa “homogenización” de la forma, se corrió el riesgo de desconocer o silenciar ciertos aspectos inherentes a la pretensión involucrada, en detrimento de la eficacia y hasta del valor justicia de la respuesta jurisdiccionalmente posible.

No obstante y pese a las voces que afirman que el Derecho Procesal se “olvidó” del conflicto, con tal finalidad y desde siempre, los operadores jurídicos han asumido el desafío de componer diversos “modelos procedimentales” para lograr trámites judiciales específicos y eficaces en consideración a diversos elementos: el objeto del litigio, las particularidades de las partes en contienda, las cualidades - especialidad- que se espera que acredite quien ha de juzgar, las urgencias y demás connotaciones temporales y en ciertas ocasiones, hasta de la idiosincrasia y de los requerimientos de la sociedad a la que los diseños normativos están, en definitiva, destinados.

En alguna medida, la recepción de las connotaciones propias e inherentes de la rama jurídica a la que pertenece la pretensión ha coadyuvado a lograr ese fin. Asimismo, las reglas técnicas procesales, cual múltiples líneas directrices y de opciones antinómicas, devinieron en herramientas legislativas útiles para lograr ese anhelo “modelador” de la serie procedimental que habita en el continente del Proceso[36].

Sin embargo, en ocasiones, este “transporte” de elementos entre las distintas ramas de lo jurídico a la estructura sustantiva del Proceso no ha logrado la finalidad que persigue ni tampoco ha conseguido que los saberes específicos de cada estamento se signifiquen ni aclaren recíprocamente.

Por el contrario, tales operaciones normativas suelen configurar o bien “tensiones” entre las distintas ramas o bien patentizan un denodado avance de unas respuestas por sobre otras en términos de especialización o hasta de autonomía. En consecuencia pareciera que el desafío radica en armonizar lo particular de las ramas sustantivas y su alta diversidad de conflictos con “lo Procesal”.

A mi modo de ver, tal tarea adquiere mayor relevancia en nuestro tiempo, pues hoy más que nunca se brega por soluciones o repartos jurisdiccionales diferenciados y hasta en nombre de la propia “especificidad de la contienda” se reclama - y se otorga- autonomía científica a diferentes tipos o categorías de juicios en orden a las pretensiones que resulten involucradas[37].

El transcurrir del tiempo muestra como declarando jaque a aquella pretensión de “unidad” del Derecho Procesal hoy se exhorta sobre la necesidad de “alejarse” las ramas del proceso de su tronco común. Es más, en ciertas áreas, ello se ha resuelto con una dinámica que directamente “vacía” o desplaza al Derecho Procesal y “expande” a las otras ramas de lo jurídico[38].

Ciertamente, puede que al diseñar tales interferencias en los saberes jurídicos no se advierta que las mismas requieren ser sistematizadas o ajustadas en conceptos para que el debate judicial que se proponga siga siendo respetuoso de una de las más “caras” garantías constitucionales: el Derecho al Proceso.

Como enseñó Humberto Briseño Sierra, una constante interferencia depura nociones, produciéndose una variación interna de enlaces. Sin embargo, a veces no se consigue la conexidad sistemática tan solo por las interferencias más o menos numerosas de los distintos saberes, si al mismo tiempo no se toma en cuenta la sistematización de los mismos[39].

Por lo pronto en lo cotidiano luce la ausencia de esta sistematización y se advierte una proliferación de “Derechos Procesales específicos” que, como señalé, no solo responden en mayor medida a los postulados de la rama sustantiva sino que más de las veces desconocen o, cuanto menos vulneran, los principios en los que se asienta el Proceso[40].

#### **IV. La expansión de las ramas *sustantivas*: el caso del Derecho de Familia y del *Derecho Procesal de Familia*** [arriba]

Desde hace tiempo y en diferentes ámbitos se ha dicho que el proceso tradicional no brinda las respuestas adecuadas para las contiendas específicas del Derecho de Familia[41]. Más, porque el Derecho Procesal no practica diferencias entre los sujetos involucrados en la contienda y porque en general se sostiene que la estructura del proceso típico - adversarial- luce insuficiente para las pretensiones prototípicas de dicha materia.

Sin embargo, con el loable argumento de dar al justiciable una “mejor respuesta” y con la mirada puesta en cómo ha de diseñarse el juicio en los procesos de familia, se señala que por su propia tipicidad, estas problemáticas solo pueden ser abordadas a través de los principios inherentemente propios del Derecho de Familia y, “particularmente diferentes” al paradigma del proceso civil[42].

Que además, ni siquiera deviene útil subsumir esta especificidad al sistema de conceptos que se propone desde la Teoría General del Proceso[43]: “Los primeros cuestionamientos que plantea la existencia de un Derecho Procesal de Familia, es la construcción filosófica-ideológica para sí de una teoría general que abarque el sistema o los sistemas de resolución de conflictos en las estructuras familiares”. Es más, que “es mejor construir al o la procesalista familiar sobre los hombros del familiarista que sobre el procesalista de otra materia”[44].

Se imputa ineficaz al prototípico proceso judicial para el abordaje de la cantera de conflictos de lo familiar[45]; pues, se enfatiza que en éstos últimos “no gravita tanto lo adversarial que ancla en el corazón de un caso común sino el dúctil tratamiento de las relaciones - en curso y futuras - de los esposos, hijos, abuelos, de eso que parece que aflora o resquebraja al clausurarse el milenio”[46].

Sobre esta base se posicionó al Derecho Procesal de Familia como “aquella rama del Derecho Procesal que estudia los principios y normas que regulan los procedimientos extracontenciosos y contenciosos que tienen por objeto acordar eficacia a una relación o situación jurídica o resolver un conflicto fundado en el Derecho de Familia”[47] y se lo comenzó a syndicar como una rama autónoma.

En la Argentina, la regulación de los procesos de familia en cuerpos de fondo no es estrictamente nueva[48] y siempre generó rispideces. De hecho, hace tiempo que en nuestro país se estudia no solo a los “Tribunales y Procesos de Familia”[49] sino también al Derecho Procesal Familiar[50] en particular, muñéndolo de una incipiente autonomía científica e incluso legislativa[51].

Bajo el paradigma que sostiene que sistematizar -en exclusiva- al contencioso familiar es más eficaz para proteger y velar por la familia, se constata una tendencia en auge en América Latina de promulgar o bien, cuerpos normativos procesales especiales de familia o bien, leyes o procedimientos familiares especiales[52]. En este escenario el juicio familiar ha devenido en un continente de específicos y numerosos principios rectores[53] y diferenciados - fundamentalmente- de aquellos que gravitan en el proceso civil.

#### **V. El nuevo Código Civil y Comercial Argentino y los denominados *Procesos de Familia*** [arriba]

El nuevo Código se inscribe en la tendencia de la recodificación, la cual también se ha verificado en el mundo durante el Siglo XX, como reacción contra la descodificación. La recodificación pretende, en primer lugar, recobrar la coherencia del Sistema, regular cuestiones aun no contempladas ni siquiera en leyes especiales y dar homogeneidad a lo jurídico. También, y con la aspiración de

dar unicidad y efectividad, el legislador ha normado allí no solo al Derecho Privado en particular, sino también aspectos de contenido procesal. Como ya se señaló, la recepción del Título VIII, respecto de los “Procesos de Familia”, ilustra un ejemplo sobre tal tópico.

Como fuere, la recepción de múltiples normas procesales en el cuerpo del Código Civil y Comercial de la Nación ha motivado diferentes debates y aún más cuestionamientos a tenor del régimen federal argentino y al reparto de competencias entre la Nación y las Provincias en los que, concretamente - y con acierto - se termina cuestionando su validez.

Sin embargo, desde el Derecho de Familia se ha dicho que “no existe obstáculo constitucional para que, en consonancia con la necesidad de reconocer los perfiles propios del conflicto familiar que llega a los tribunales, el Proyecto incorpore, en el Libro Segundo, Título VIII, disposiciones referidas a los Procesos de Familia. Una inclusión sistematizada de normas de naturaleza adjetiva, tal como se propone, es totalmente ajena al Código de Vélez Sarsfield, encuentra su antecedente más próximo en el Proyecto de Código unificado de 1998 aunque este se limitaba a destacar las características de las acciones de estado y los efectos de las sentencia”[54].

Asimismo se ha señalado que resultó trascendente la recepción de las normas en análisis en el nuevo cuerpo normativo para operar como elemento unificador del modo de tratar las contiendas familiares en todo el país, exhortando fundamentalmente con ello a la especialización de la competencia de los órganos judiciales en todas sus instancias: “Si se revisa la forma que adoptan los tribunales con competencia en familia se advierte que hay una gran diversidad en la manera de organizarse y en los trámites utilizados. Por lo tanto, las directrices del Código de fondo echarán luz sobre el similar criterio que debe presidir el tratamiento del conflicto de familia llevado a los estrados de la justicia”[55].

Asimismo se ha señalado que en materia de procesos de familia y capacidad de las personas el Código consagra una tutela judicial efectiva y diferenciada que ha de operar como “un recaudo institucional mínimo aplicable a todos los estados locales, por debajo del cual no es posible proteger adecuadamente este tipo especial de derechos”[56]. Por tanto, estas directrices institucionales plantearán desafíos para las legislaturas locales para “ajustar” sus códigos adjetivos al ahora nuevo estándar mínimo requerido por la legislación común[57].

Cierto es que muchas de estas directrices son cuestiones de estricto procedimiento, pero es indudable que otras adquieren una relevancia conflictiva con el Proceso[58]. Por ejemplo,

llama la atención el inusitado poder que se les confiere a los jueces respecto de los hechos, la prueba, lo cautelar y la congruencia procesal. Hay en ellos, una declarada y palmaria “oficiosidad”.

En cierta medida esta indisponibilidad de los principios del proceso en este tipo de juicios resulta hasta peculiar, pues hasta en el mismo Derecho de Familia se ha empezado a reconocer mayores ámbitos a la autonomía de la voluntad[59]. Sin embargo, parece que en el Proceso acontece todo lo contrario: se sigue aludiendo a “sistemas inquisitivos de procesamiento”, que se han desterrado del mismo Proceso Penal[60].

El dato no es menor ya que el incremento de la discrecionalidad del juez en el proceso siempre genera una grave inseguridad jurídica para las partes. Como se ha dicho “La discrecionalidad legal (en los juicios de familia) se fundamentaría en la facultad de una persona para adoptar una decisión, teniendo elección entre varias

posibles, conferida bien explícitamente por el legislador, bien asumida autónomamente por el decisor o como una característica más de la toma de decisión. Un sistema basado en la toma de decisión discrecional crea inseguridad a las partes, que se hacen asesorar por expertos en la materia; un sistema discrecional hace creer a las partes que es posible obtener soluciones más favorables dependiendo de la sensibilidad del juez en cada caso; un decisor discrecional debe conocer toda la información disponible, lo que puede llevar a retrasos y maniobras entre las partes para obtener información, lo que colapsa el sistema de los tribunales y hace más difícil a las partes llegar a un acuerdo”[61].

Desde el Derecho Procesal se han advertido las consecuencias de estos escenarios: “Las tesis publicadora del Derecho de Familia, que se asienta entre otras razones sobre el estado civil, las acciones de estado y la naturaleza informativa de las normas de derecho de familia, tiene que ser revisada y conducida a sus justos límites. La libertad negocial y la autonomía existen también en el derecho de familia, aunque sea mucho más amplia con referencia a cuestiones patrimoniales que a las personales[62]”. Asimismo, la falta de definición de los alcances procesales del llamado “orden público familiar” enfrenta a juzgadores y partes a cotidianas sorpresas y hasta permite desdibujar las pretensiones de estas últimas al punto, a veces, de elevarse ilegítimamente la consideración de ese mismo “orden público familiar”[63] hasta por sobre los intereses de los propios litigantes.

Posiblemente sea tiempo de recordar desde el Derecho Procesal que como enseñó Podetti, la legalidad de las formas -no el culto a las formas- constituyen “el antemural de la arbitrariedad del individuo o del Estado y resultan un elemento básico de la libertad civil”[64]. Más, porque desde las fronteras de las ramas “sustantivas” no resulta frecuente que se conciba al Proceso es una institución “innegociable”, continente de garantías constitucionales; ni usual quien señale que el “Derecho al Proceso” es - también - un Derecho Humano tan tutelado por un entramado normativo constitucional y convencional como lo son - y solo por nombrar algunos - la niñez, la familia, la ancianidad y las personas con discapacidad[65].

Siempre vigentes resultan las palabras de Couture: “No parece posible hablar de inconstitucionalidad de la ley procesal por exceso de garantías en favor de la persona humana. No debe descartarse que tal cosa ocurra, en aquellos casos en que el exceso de garantías haga ilusoria la certeza; pero no es esa la situación que ha creado problemas en el ámbito de la experiencia jurídica. En cambio, puede hablarse de inconstitucionalidad de la ley procesal por ausencia de garantías para la persona humana. La ley procesal que autoriza a condenar sin oír, es violatoria de las normas constitucionales...”[66].

## **VI. A modo de cierre: hacia la interrelación sistémica [\[arriba\]](#)**

Pese al carácter “adjetivo o instrumental” que proviene desde la mirada de frontera que le dispensa -entre otras ramas jurídicas- el Derecho de Familia, el Proceso resulta ser un continente de garantías constitucionales que, precisamente, posibilita el ejercicio de la Tutela Judicial Efectiva[67].

Además, si bien se comparte que en estos ámbitos resulta conveniente y estratégico concebir “otros métodos de resolución de conflictos”[68], ellos deben ser también reivindicados como parte del contenido del Derecho Procesal; pues, como se ha dicho, se trata en definitiva de otras formas de decidir un conflicto de intereses[69].

Sin embargo, cuando se opta por la recepción del “Proceso” para la resolución de los conflictos intersubjetivos de intereses, ello impone -ineludiblemente- respetar su esencia constitucional y convencional.

Adolfo Alvarado Velloso al prologar los “Fundamentos” de Eduardo J. Couture, enseña que “el Proceso, además de ser el tercer derecho de todo ciudadano en un orden lógico de valores constitucionales - el primero es el derecho a la vida, el segundo es el de la libertad, ya que la vida sin ella no merece la pena ser vivida, e inmediatamente luego el tercero es el proceso, pues es lo único que permite igualar al humilde ciudadano de a pie con quien puede quitarle la vida y la libertad-se erige por tales mismas razones en la suprema garantía constitucional, comprensiva de todas las demás susceptibles de imaginar”[70].

Todas las constituciones del mundo que abrazan la libertad, desde siempre lo receptan. También lo hace la comunidad internacional en su concierto, abocándose con ahínco a promover y a exhortar la suscripción de instrumentos que lo garanticen y tutelen. Existe pues “una Garantía Humana al Proceso”[71].

Es que a lo largo de la historia, aquel ha sido la herramienta no solo del estado para organizar la vida en relación, sino también de los particulares para limitar los ámbitos de discrecionalidad de la autoridad; como se ha dicho, es pues un bastión de la libertad. Su idea es el resultado de una laboriosa construcción humana y colectiva que, como ya hemos dicho, comenzó en los albores de los tiempos.

En nuestros días, tras más de cien años de ciencia procesal, el Proceso se concibe como un método de debate dialéctico y pacífico que tiene por objeto resolver heterocompositivamente el litigio, respetando ciertos principios y siguiendo reglas preestablecidas entre dos partes que actúan en condición de perfecta igualdad y ante un tercero que resulta imparcial, imparcial e independiente respecto de aquellas[72].

Se ha dicho y con razón que es únicamente en el plano lógico del proceso donde, tras eliminar las diferencias que separan a los hombres, ellos pueden postular un debate en pie de perfecta igualdad[73]. Es más, como esta igualdad se consolida necesaria e ineludiblemente a través de la imparcialidad del juzgador, se entiende que el derecho de defensa en juicio se apuntala en el proceso a través de una estructura conformada por las garantías constitucionales, la igualdad y la antedicha imparcialidad[74].

Apremia en nuestros días reivindicar al Proceso desde su propia ontología; es decir, como el paradigma de garantías que es. Pero también, como ya lo hemos puesto de resalto, es necesario interrelacionarlo sistemáticamente con las ramas sustantivas cuando estas delinear la solución de los conflictos que le son propios a sus saberes[75]. Es que, cuando una idea sistémica del derecho, de la constitución, del código, de la ley, de la sentencia no existe o se disuelve en una variedad de perfiles que cada cual alimenta a su gusto, el derecho “positivo” se pierde en una Babel de lenguas incomprensibles entre sí y confusa para el público profano[76].

La relación fondo- forma debe establecerse pero no desintegrarse. Es más, pese a que en ocasiones puede ser una relación muy tensa debe reencauzarse asumiendo, por ejemplo, que la forma ha de conducir la fondo, pero también que éste no puede ser sin la forma[77].

Como con tantas razones se postula, nada debe llevar al desconocimiento de que en épocas como la actual[78] el Proceso, el “contradictorio”, adquiere vigencia y significación dentro del ámbito del Derecho Procesal y como núcleo del concepto jurisdiccional[79]; máxime ante un derecho que como se ha señalado, se encuentra plagado de indeterminaciones normativas y es contrastado constantemente con

principios constitucionales de gran abstracción y carga valorativa[80]. Y más porque, a diferencia de otros tiempos, “la Democracia necesita de un método de enjuiciamiento que comparta sus valores para asegurar la libertad y efectivo respeto de todos y cada uno de los derechos fundamentales”[81].

Por tanto, a modo de cierre y a partir de ideas de Eduardo J. Couture[82], se concluye que ninguna rama jurídica “sustantiva” para el abordaje de su nicho de conflictos debe obviar:

- La existencia del Proceso como Garantía Constitucional y Convencional de la Persona Humana;
- Que ninguna ley, en el desenvolvimiento normativo jerárquico de preceptos, puede instituir formas que hagan ilusoria la concepción del Proceso consagrada en la Constitución, cual método de debate entre partes iguales y ante un tercero imparcial, imparcial e independiente;
- Que si la ley instituyera una forma de Proceso que privara al individuo de una razonable oportunidad para hacer valer su Derecho de Defensa, sería inconstitucional; o bien pese a su nombre, el “Proceso” instituido no tendría carácter de tal;
- Que si bien no cabe establecer formas solemnes en el desarrollo de la serie procedimental, ninguna razón de urgencia autoriza -por sí misma- a la privación definitiva de una mínima audiencia a la contraparte, aunque más no sea de carácter postergado o diferido.

#### Notas [\[arriba\]](#)

[1] Ponencia presentada en el “XIV CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL GARANTISTA” celebrado en la ciudad de Azul, los días 3 y 4 de noviembre de 2016.

[2] Docente ordinario de Derecho Procesal I de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires. Secretaria de la Excm. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Sala I, Depto. Judicial Azul.

[3] Ver al respecto, Entelman, Remo; “Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma”, Gedisa, Barcelona, 2009.

[4] Sierralta Ríos, Aníbal; “Negociaciones y teoría de los juegos”, AbeledoPerrot, p. 164 y ss.

[5] Alvarado Velloso, Adolfo, “Introducción al estudio del derecho procesal. Primera parte”, p. 14

[6] Desde las teorías consensualistas del conflicto social.

[7] Desde las teorías conflictivistas del conflicto social (v. Cadarso, Pedro Luis Lorenzo; “Principales teorías sobre el conflicto social”, Norba, 15; revista de Historia. Cáceres, 2001:237-254)

[8] Chase, Oscar; “Derecho, Cultura y ritual. Sistema de resolución de controversias en un contexto intercultural”, Marcial Pons, 11.

[9] Gozaíni, Osvaldo; “Formas alternativas para la solución de conflictos”, ed. Depalma, p. 1.

[10] Entelman, Remo; “Teoría de conflictos”; ed. Gedisa, 64.

[11] Sobre estrategia y conflicto, v. Meroi, Andrea; “Sobre estrategia y Proceso”, disponible en [http://www.centrodefilosofia.org.ar/lyD/lyD46\\_8.pdf](http://www.centrodefilosofia.org.ar/lyD/lyD46_8.pdf)

[12] Alvarado Velloso, Adolfo, ob. Cit. p. 19

[13] (autor cit; “Introducción al proceso civil”, T. 1, ed. Temis, p. 18 y 19).

[14] Se inicia en el año 1856, con los estudios sobre la acción en el derecho civil

romano. Windscheid, Muther, Von Bülow, Wach y toda la doctrina proveniente de autores alemanes lograron marcar no solo una de las sendas de pensamiento más fecundas de nuestra materia, sino a conformar una verdadera escuela de Derecho Procesal. Sin embargo, si es que al Derecho Procesal se le concede una partida de nacimiento, su aparición estelar en el mundo jurídico fue en Italia, el 3 de febrero de 1903, cuando Giuseppe Chiovenda leyó su famosa prolucción sobre “La Acción en el Sistema de los Derechos” al curso de Derecho Procesal Civil de la Universidad de Bologna. Desde entonces, y con los múltiples aportes de la escuela alemana e italiana, la “acción” dejó de ser el reverso del derecho sustantivo que enseñaban los clásicos y el estudio de la “práctica forense” y los “procedimientos judiciales” fueron paulatinamente desplazados por el estudio de la Ciencia del Derecho Procesal y del “Procesalismo”.

[15] Alcalá Zamora Niceto; “Evolución de la doctrina procesal”, p. 308.

[16] Meroi, Andrea: “El derecho procesal y su inserción en la teoría general del derecho”, disponible en

[www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/view/684/532](http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/view/684/532)

[17] De ahí que Demolombe afirmara: “cuando la ley habla de derechos y acciones incurre en pleonazgo” (Couture, Eduardo, “Fundamentos de derecho procesal civil”, ed. B de F, p. 52).

[18] Sentís Melendo Santiago; “Teoría y práctica del proceso. Ensayos de Derecho Procesal”, V. 1, p. 207. Montero Aroca reseña investigaciones históricas basadas en el examen de los libros que recogían las prácticas forenses e indica que: A) Los autores no eran universitarios sino prácticos (abogados, escribanos, jueces), personas con experiencia judicial que podían transmitir conocimientos adquiridos en la vida profesional; B) Los destinatarios no eran los estudiantes universitarios sino los profesionales del Derecho, a quienes se pretendía proveer aquello que la universidad no enseñaba; C) El ámbito territorial de estos estudios se reducía al de los tribunales de un determinado país, a diferencia de los estudios universitarios 19/22).

[19] Véscovi, Enrique; “Teoría general del proceso”, Temis, Bogotá, 1984, p.104.

[20] Couture, Eduardo; “Fundamentos del derecho procesal civil”, ed. B de F, p. 52

[21] Couture, ob. Cit. p. 61

[22] Como enseña Alvarado Velloso la acción es la única instancia que necesariamente debe presentarse para unir tres sujetos en una relación dinámica. Señala Alvarado “con esto se muestra un cercano parentesco con antigua teoría: se trata simplemente de trasladar la pretensión desde el plano de la realidad al plano jurídico, pues como consecuencia de su deducción se logrará de inmediato el objeto de formar un proceso” (autor cit; “Introducción al estudio del derecho procesal”. Primera parte; ed. Rubinzal Culzoni, p. 83).

[23] Sin embargo y pese a este inicial protagonismo del proceso como contenido de nuestra materia, se señala que “el Derecho Procesal se sigue definiendo hoy, bien como el conjunto de normas que regulan el proceso, bien como la ciencia jurídica que atiende al estudio del proceso, incluyendo dentro del Derecho Procesal algo más que el proceso; ese algo más suele ser la acción (y/o pretensión) y, por sobre todo, la jurisdicción, y por esa vía la organización judicial y todo lo relativo al personal judicial. De lo anterior resulta que el Derecho Procesal en la actualidad no es sólo el derecho al proceso, pues éste no es ni el único ni el más importante concepto de aquél a pesar de lo cual la tradición lleva al sector mayoritario de la doctrina española a seguir hablando de Derecho Procesal. Ahora bien, si se trata de identificar a una rama jurídica atendiendo a su concepto principal, que es el Poder Judicial o Jurisdicción, y no a su concepto principal, que es el Poder Judicial o jurisdicción, y no a un concepto subordinado, que es el proceso, dígame de una vez: Derecho jurisdiccional” (Montero Aroca-Gómez Colomer- Barona Vilar; “Derecho Jurisdiccional I, parte general”, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 33).

[24] Como detalla Esther Díaz el discurso de la modernidad se refiere a las leyes universales que constituyen y explican la realidad. Algunos de sus términos son determinismo, racionalidad, universalidad, verdad, progreso, emancipación, unidad, continuidad, ahorro, mañana mejor. El discurso de la posmodernidad, en cambio sostiene que solo puede haber consensos locales o parciales (universales acotados), diversos juegos de lenguaje o paradigmas inconmensurables entre sí. Algunos de sus términos son deconstrucción, alternativas, perspectivas, indeterminación, irreversibilidad, descentralización, disolución, diferencia. La modernidad fue rica en “ismos”: iluminismo, modernismo, empirismo, racionalismo, positivismo; la posmodernidad es rica en “post”: posestructuralismo, posindustrial, pocrítica, poshistoria, posciencia, posfilosofía, postsexualidad. (...) El proyecto de la modernidad apostaba al progreso. Se creía que la ciencia avanzada hacia la verdad, que el progreso se expandía como forma de vida total y que la ética encontraría la universalidad a partir de normas fundamentadas racionalmente. No obstante, las conmociones sociales y culturales de los últimos decenios parecen contradecir los ideales modernos. La modernidad, preñada de utopías, se dirigía hacia un mañana mejor. Nuestra época -desencantada- se desembaraza de las utopías, reafirma el presente, rescata fragmentos del pasado y no se hace demasiadas ilusiones respecto del futuro” (autora cit; “Posmodernidad”, ed. Biblos, p. 19 y 20).

[25] Chaumet, Mario E.-Menicocci, Alejandro: “El proceso civil ante la crisis de la subjetividad moderna”, disponible en [www.cartapacio.edu.ar](http://www.cartapacio.edu.ar)

[26] En la época liberal la unidad sustancial de la Administración y de la jurisdicción constituía un problema que debía ser resuelto, y se resolvía recurriendo al principio de legalidad. La expresión jurídica de esta hegemonía era la ley. (Conf. Zebrebelsky, Gustavo: “El derecho dúctil...”, p. 31 y ss.).

[27] Gozaíni, Osvaldo; “Formas alternativas para la resolución de conflictos”, ed. Depalma, p. 7.

[28] Guasp, J; “Derecho Procesal Civil”, citado por Vescovi, Enrique; “Teoría general del proceso”, Bogotá, Ed. Temis, p. 106.

[29] Alvarado Velloso, Adolfo; ob. Cit. p. 97.

[30] El estudio de la pretensión procesal y sus elementos es también uno de los ejes cardinales del contenido de nuestra materia. Su incidencia en institutos como la congruencia, la acumulación, la reconvención, la litispendencia, la cosa juzgada y la determinación de la competencia objetiva del juzgador, así lo demuestran.

[31] Montero Aroca, Gómez Colomer-Barona Vilar, “Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil”, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, p. 147.

[32] V. entre otros, Gozaíni, Osvaldo Alfredo: “Respuestas Procesales”, Buenos Aires, ed. Ediar, 1991; y del mismo autor: “Un proceso civil sin fronteras. Armonización y unificación del Derecho Procesal”, pub. en LLGran Cuyo, 1999, 309; Benaventos Omar: “Teoría General Unitaria del Derecho Procesal”, Rosario, ed. Juris, 2001; Viada López Carlos: “Clasificación de los procesos: el proceso penal”. En Revista de la facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Vol. 6 (26), 1951, p. 1298 y ss.

[33] V. entre otros, AA.VV, “Teoría Unitaria del Proceso”, ed. Juris, Rosario, mayo 2001. Señala Benaventos: “... entendido el proceso como (insisto, todo proceso) como una “serie lógica, consecencial y dinámica de instancias proyectivas”, la figura presenta una absoluta identidad en todas las ramas del derecho procesal. Sencillamente no es posible concebir distintos tipos de procesos (es decir imaginar un modo diferente de discutir y heterocomponer un conflicto jurídico). En todo caso, la envoltura exterior del mismo (su trámite) puede presentar diferencias. Pero el proceso (mecanismo que posibilita la efectiva discusión jurídica en virtud del orden lógico en que estructura el diálogo jurídico-procesal) no puede prescindir de ninguna de las etapas proyectivas que lo componen” (autor cit; ob. Cit;

“Esbozos de la teoría general unitaria del derecho procesal”, p. 161.

[34] Es decir no admiten reducción, alteración o descomposición en partes menores.

[35] Meroi, Andrea: “El derecho procesal y su inserción en la teoría general del derecho”, ya citado.

[36] Piénsese por ejemplo en la oralidad o la escritura, la inmediatez, la libertad o la legalidad de formas, la publicidad, la preclusión, la perentoriedad, la concentración, la eventualidad, la adquisición, etc.

[37] Piénsese por ejemplo en el Derecho Procesal Civil, Procesal Penal, Procesal Laboral, Procesal Constitucional, Procesal Administrativo y... recientemente, Procesal de Familia. Sobre la expansión de las ramas “sustantivas” por sobre el Derecho Procesal concluye Meroi: “Sea por abandono más o menos explícito del Derecho Procesal, sea por afán de apropiación de las ramas sustantivas, lo cierto y constatable es que muchas de éstas han avanzado por sobre el estudio y la regulación de la solución de conflictos propios de su área jurídica. (...) constatándose áreas en las que -perdiéndose en mucho aquello que particulariza al proceso- se pergeñan soluciones asistémicas” (Meroi, Andrea; “El derecho procesal y su inserción...”, ya cit. p. 67).

[38] Ciuro Caldani, Miguel Ángel: “Perspectivas de la teoría general del derecho”, ya citado.

[39] Briseño Sierra, Humberto, en AAVV “Teoría unitaria de Derecho Procesal”, ya cit. También, v. al respecto Meroi, Andrea: “El derecho procesal y su inserción...”, ya citada.

[40] Siguiendo las enseñanzas de Alvarado Velloso los principios procesales son solo cinco y asumen carácter unitario: la igualdad de las partes litigantes; la imparcialidad del juzgador; la transitoriedad de la serie; la eficacia de la serie, y la moralidad en el debate. La importancia de esta concepción, como señala el mismo jurista, radica en la circunstancia de que un proceso sólo es tal cual se desarrolla conforme a la totalidad de los principios enunciados. Por tanto, si la discusión se realiza al margen de los mismos, se estará ante un simple procedimiento y nunca ante un proceso (Autor citado, “Introducción al estudio...”, p. 260 y ss.).

[41] Ya en el año 1992, en el Congreso mundial de Derecho de Familia celebrado en el Salvador, Aída Kemelmajer de Carlucci, entre otras cuestiones especialmente señalaba “El estado general de insatisfacción sobre el modo en que opera el sistema tradicional exige una revisión de los actuales mecanismos. Especialmente en el ámbito del Derecho de Familia debe abandonarse el criterio tradicional del juicio contencioso, pues enfrenta despiadadamente a los integrantes del grupo, sin satisfacción efectiva para nadie”; v. autora cit. “El proceso familiar y sus características”, ponencia que fuera presentada en aquel evento y citada por Benavides, Santos, Diego: “Tendencias del proceso familiar en América Latina”, pub. En Revista para el análisis del derecho, 321, Barcelona, enero 2006, disponible en [www.indret.com](http://www.indret.com).

[42] Quienes conciben la existencia de un Derecho Procesal Familiar, sistematizan con el proceso civil diferencias y enuncian principios y sistemas de procesamiento propios. Ver al respecto: Cabrera de Dri, Elsa: “Características del proceso de familia. Principios y sistemas procesales”, en “Derecho de Daños. Daños en el Derecho de Familia”, Cuarta Parte (B), AAVV, Ed La Rocca, 2003, p. 63 y ss. Kielmanovich, Jorge: “Derecho Procesal de Familia”, ed. Abeledo Perrot, 3ª edición ampliada y actualizada, p. 1. Pettigiani, Eduardo: “Familia y Justicia”, en “Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, n° 14, p. 51.

[43] Benavidez Santos señala: “Igual que ocurre con los procesalistas penales (...) en el derecho procesal familiar debe criticarse la denominada “teoría general del

proceso” puesto que no se ha construido tomando en cuenta la fenomenología de lo procesal familiar. El esfuerzo unificador, rechazado por los procesalistas penales, se ha centrado en demostrar su aplicabilidad para el proceso civil y para el proceso penal, pero hasta ahora no ha existido ese esfuerzo para lo procesal familiar, por lo que para los procesalistas familiares resulta muy limitada la utilidad de la teoría general del proceso aunque quizá concluyan sus teóricos que el interés es para encontrar excepciones”; Benavidez Santos, Diego: “El Derecho Procesal de Familia a través de veintitrés tesis”, AAVV, “Reflexiones pragmáticas sobre el derecho de familia”, disponible al tiempo de la elaboración del presente en [www.ute.gob.sv](http://www.ute.gob.sv))

[44] Benavidez Santos, Diego: ídem, p. 184.

[45] Señala Angelina Ferreyra de De la Rúa que los principios para la materia de familia son “directivas amplias y comprensivas de todos los aspectos especiales del conflicto. Cabe señalar en este punto que los principios procesales en sus formulaciones clásicas no alcanzan para la protección de nuevas situaciones o los nuevos institutos que se incorporen a la ley de fondo; deben dirigirse especialmente al respecto de garantías constitucionales y a la protección efectiva de nuevos derechos reconocidos derivados de los tratados, en lo que se ha dado en llamar el bloque constitucional (art. 75 inc. 22 CN). Se concentra entonces en aspectos tuitivos dirigidos a personas en condiciones de vulnerabilidad (Pacto de Brasilia 2008)”, autora citada: “Principios procesales del juicio de familia”, en AAVV, Peyrano Jorge Dir. “Nuevas herramientas procesales”, Santa Fé, ed. Rubinzal Culzoni.

[46] Berizonce, Roberto-Bermejo patricia, Amendolara, Zulma: “Tribunales y proceso de familia”, Ed. Librería Editora Platense, La Plata, 2004, p. 3. Explica Aída Kemelmajer de Carlucci: “La naturaleza instrumental no disminuye la importancia del derecho procesal. Por el contrario, los operadores jurídicos no deben olvidar que el proceso señala el momento crucial de los derechos; autora cit.: “Derecho procesal de familia. Principios Procesales”, pub. en MJ-Doc\_5283-Ar, del 31.03.11.

[47] Kielmanovich, Jorge: “Derecho Procesal de Familia”, ed. Abeledo Perrot, 3ª edición ampliada y actualizada, p. 2.

[48] Piénsese respecto de normas relativas al juicio de alimentos y a los procesos de capacidad de las personas.

[49] Se ha reseñado que “las conquistas técnicas y de punta que jalonan la marcha del proceso civil (lato sensu) en la segunda mitad del siglo XX, reconocen dos claras, visionarias y pujantes cabezas de infantería: son las de los procesos laboral y de familia. Que están más cerca de la gente y han sabido adecuarse a realidades modernas de litigación, que demandan lecturas diversificadas en las formas de conducir y resolver esas contingencias” (Prólogo de Augusto Mario Morello a la obra de Berizonce, Roberto-Bermejo, Patricia- Amendolara, Zulma: “Tribunales y proceso de familia”, p. 2). Asimismo, sobre la evolución en el tratamiento de la problemática familiar y de la creación del fuero de familia puede consultarse a Morello Augusto Mario: “La influencia de los procesos de familia sobre la litigación civil”, en AAVV, Revista de Derecho Procesal de Familia, I, Santa Fé, ed. Rubinzal Culzoni, 2002; Suares, Roberto César: “Los tribunales de Familia en la Provincia de Buenos Aires”, en AAVV “El proceso civil. Buenos Aires y Nación”, Rodolfo Witthaus, Dir; Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1995.

[50] Recientemente, los días 24 y 25 de septiembre de este año 2015, la actualidad de la temática y si se quiere, la concepción de una especificidad de este área de estudio, motivó que se celebraran en la ciudad de Mar del Plata, Argentina, las “Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Procesal de Familia”.

[51] Yuri, Yamila: “El proceso de familia. Principios y sistemas aplicables”, pub. En LLGran Cuyo, 2013(agosto), 712; Kemelmajer de Carlucci, Aída: “Principios

Procesales y tribunales de familia”, Pub. en J.A., 1993-IV-676; Kielmanovich, Jorge: “Derecho Procesal de Familia”, ed. Abeledo Perrot, 3ª edición ampliada y actualizada, p. 1. Diego Benavidez Santos en “El Derecho Procesal de Familia a través de veintitrés tesis”, sobre la “existencia de un derecho procesal familiar”, señala: “... por ahora debemos decir sobre el derecho procesal de familia que de la misma forma que hasta ahora se han definido áreas del derecho como el derecho procesal penal, derecho procesal civil, derecho procesal constitucional, derecho procesal laboral, derecho procesal contencioso administrativo, etc., denominase así en segunda generación de los sistemas procesales familiares, al estudio de normas y principios jurídicos que regulan los trámites judiciales en los asuntos de familia” (artículo cit. en AAVV, “Reflexiones pragmáticas sobre el derecho de familia”, disponible al tiempo de la elaboración del presente en [www.ute.gov.sv](http://www.ute.gov.sv)). Asimismo, Kemelmajer de Carlucci, Aída-Herrera Marisa-Lloveras Nora “Tratado de derecho de familia. Según el código civil y comercial de 2014”, T. IV, p. 425. Bertoldi de Fourcade, María Virginia: “El proyecto de código civil y comercial unificado y procedimiento de familia”, disponible en <http://ccycon.congreso.gob.ar/ponencias/cordoba/pdf/069>

[52] Benavides, Santos, Diego: “Tendencias del proceso familiar en América Latina”, pub. En Revista para el análisis del derecho, 321, Barcelona, enero 2006, disponible en [www.indret.com](http://www.indret.com)

[53] Pueden, por ejemplo, enunciarse: preferencia de la desjuridización, preferencia de la descontentión, abordaje integral, solución efectiva, búsqueda de la equidad y equilibrio familiar, abordaje interdisciplinario, protección integral, protección y participación especial, tutela de la realidad, responsabilidad procesal, preclusión relativa y flexible, especialización, privacidad e inestimabilidad. Así lo expone Benavides Santos, Diego: “Los principios especiales del derecho procesal de familia”, en Revista de Escuela Judicial, San José n° 3, diciembre 2004, p. 47. En nuestro país, en el proceso de familia se reconoce y enumera a la tutela judicial efectiva, a la intermediación judicial, a la oficiosidad, a la oralidad, a la interdisciplina, a la solución pacífica del conflicto familiar, a la buena fé, la lealtad procesal, y la reserva de las actuaciones. También se enuncian entre sus notas distintivas a la gratuidad, la economía, la concentración y cooperación, el acceso a la verdad jurídica por sobre la verdad formal, la capacitación especializada del juzgador, las amplias facultades judiciales respecto de la prueba, lo cautelar y los procesos urgentes, y la prioridad a normas de ayuda a la familia por sobre las que se refieren al proceso contradictorio.

[54] Bertoldi de Fourcade, María Virginia: “El proyecto de código civil y comercial unificado y procedimiento de familia”, disponible en <http://ccycon.congreso.gob.ar/ponencias/cordoba/pdf/069>).

[55] Kemelmajer de Carlucci, Aída-Herrera Marisa-Lloveras Nora “Tratado de derecho de familia. Según el código civil y comercial de 2014”, T. IV, p. 425. Señala Kielmanovich: “Uno de los grandes cambios en materia procesal que propone el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación Argentina y que por cierto celebramos, ha sido la incorporación de los principios generales del Proceso de Familia (arts. 705 a 711, Proyecto), reconociendo además con ello la indisoluble importancia que lo procesal tiene en cuanto al restablecimiento de los derechos materiales que constituyen su objeto y que precisamente explica y justifica su regulación por el legislador nacional...” (Kielmanovich, Jorge L.; “El proceso de familia en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, pub. en LL, 31.07.12).

[56] Señalan Ramiro Rosales Cuello y Tomas Marino “regulando la denominada especialización de los magistrados; creando los equipos multidisciplinarios pertinentes; modificando las normas en materia de publicidad de expedientes, acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, et.c” (autores cit,

“Regulación legal de la tutela judicial efectiva y el debido proceso. ¿Es posible esa regulación dentro del Código Civil?. Pub. en LL, 2014-E,880).

[57] Por ejemplo, respecto de la situación bonaerense, Gabriel H. Quadri, en un artículo intitulado “Sintéticas reflexiones acerca de la intervención de las Cámaras Civiles y Comerciales bonaerenses en asuntos de familia (incidencia del art. 706 del Código Civil y Comercial de la Nación), analiza la importancia de la especialización de los magistrados en el fuero de familia y el desafío a nivel local respecto de la segunda instancia especializada que aún se encuentra sin implementar en el territorio bonaerense (artículo pub. en LLBA2015, (julio), 591. Asimismo, v. Falcón, E. “Normas procesales...”, p. 535 y ss.

[58] Enseña Adolfo Alvarado Velloso que en la historia del derecho procesal no siempre se ha efectuado la distinción apuntada, no obstante ser de la mayor importancia para comprender el fenómeno que se describe. “Se entiende por procedimiento -concepto puramente jurídico- la sucesión de actos ordenados y consecutivos, vinculados causalmente entre sí, por virtud de lo cual uno es precedente necesario del que le sigue y éste, a su turno, consecuencia imprescindible del anterior. (...) Se entiende por proceso -concepto puramente lógico- el medio de discusión de dos litigantes ante una autoridad según cierto procedimiento preestablecido por la ley. De tal modo el procedimiento es el género (aparece en todas las instancias), en tanto el proceso es una especie de él (aparece solo en la acción procesal, instancia que debe ser necesariamente bilateralizada). Autor citado: “Introducción al estudio del derecho procesal. Primera parte”, reimpresión, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 2004, p. 43. En un minucioso trabajo intitulado “La procedimentalización posmoderna”, citando a Briseño Sierra, Gustavo Calvino recuerda que: “La autonomía lógico-jurídico de las dos figuras permite que sus elementos y estructuras sean considerados por separados, aunque en la práctica reiteradamente se presenten yuxtapuestas. Tal vez esta coincidencia temporal en cuanto a la manifestación haya provocado alguna confusión”. Y seguidamente el mismo autor reflexiona: “Reviste especial interés desmembrar y apreciar adecuadamente el proceso y el procedimiento. Por un lado, abre las compuertas para el despliegue de un estudio sistemático y con aspiraciones metodológicas científicas de nuestra disciplina y respeto de derechos. De allí que la influencia de esta distinción no será todo teórica, sino también empírica” (Calvino, Gustavo: artículo citado, disponible en Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal n° 39, Bogotá, p. 11-31).

[59] Sobre el particular reflexiona Graciela Medina: “La reforma del Código Civil renueva interrogantes en torno al alcance de las esferas de orden público y de autonomía de la voluntad, en tanto numerosas normas relativas a cuestiones de derecho de familia y disciplinas afines han sufrido cambios radicales (...). Cabe pues preguntarse si se puede enternde que algunas normas del nuevo código explicitan una tendencia general que favorece la autonomía de la voluntad en el derecho familiar por sobre los institutos de orden público. Y en este orden de ideas la cuestión fundamental es precisar qué lugar ocupa el orden público en el nuevo corpus” (autora cit.; “Orden público en el derecho de familia”, pub. en LL, 10.11.15).

[60] Tras de ello puede que se alojen posturas como la que concibe que resulta propicio que el trámite no dependa exclusivamente de la voluntad de las partes o bien porque se cree que en éste, aquella resulta irrelevante (conf. Cabrera de Dri, Elsa: “Características del proceso de familia. Principios y sistemas procesales”, en “Derecho de Daños. Daños en el Derecho de Familia”, Cuarta Parte (B), AAVV, Ed La Rocca, 2003, p. 74.

[61] Soletto Muñoz Helena: “El interés público en los derechos de familia”, Revista de derecho de familia, disponible en e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/.../interes\_soletto\_RDF\_2003.pdf. En palabras

de Calamandrei: “las actividades que conducen al pronunciamiento de la providencia jurisdiccional no pueden ser realizadas en el modo y en el orden que a juicio discrecional de los interesados pueda parecer más apropiado al caso singular, sino que deben, para poder tener eficacia jurídica, ser realizadas en el modo y con el orden que la ley ha establecido de una vez para siempre. También las actividades de que se compone el proceso, por ser de aquellas que están realizadas por hombres, están guiadas por el pensamiento; pero los modos con los cuales este pensamiento debe exteriormente manifestarse para ser jurídicamente operativo, las condiciones de lugar y de tiempo de estas manifestaciones, no son libres sino que están dictadas por la ley, la cual regula además el orden según el cual deben seguirse estas actividades y precisa por consiguiente, anticipadamente, una especie de paradigma sobre programas del proceso tipo, que permite prever en abstracto cómo debe desarrollarse un proceso para ser jurídicamente regular” (autor citado, “Instituciones”, t. I, p. 321).

[62] Almagro Nosete: “Derecho procesal”, T. I, Proceso Civil, Madrid, 1996, V. II, p. 516, cit. Por Soletto Muñoz Helena: “El interés público en los derechos de familia”, Revista de derecho de familia, disponible en [archivo.uc3m.es/bitstream/handle/.../interes\\_soletto\\_RDF\\_2003.pdf](http://archivo.uc3m.es/bitstream/handle/.../interes_soletto_RDF_2003.pdf).

[63] Conf. Meroi, Andrea: “El derecho procesal y su inserción en la teoría general del derecho”, en Revista del centro de investigaciones de filosofía jurídica y filosofía social, p. 67, disponible en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/684/532>.

[64] Podetti, Ramiro: Tratado de la Competencia, Buenos Aires, ed. Ediar, 1954. En palabras de Chiovenda, “las formas en el juicio son tan necesarias y aún mucho más que en cualquiera otra relación social; su falta lleva al desorden, a la confusión y a la incertidumbre” (autor citado, “Principios de Derecho Procesal Civil”, Ed. Reus, Madrid, t. II, p. 114).

[65] Con acierto señala Calvino: “Por ello no nos parece apropiado que se deje de lado la imparcialidad o la igualdad de las partes aduciendo casos especiales basados en la clase de derecho que se trate o en la debilidad de un contendiente frente a otro, porque en definitiva o no se estará discutiendo y oyendo adecuadamente o se terminará privilegiando la aplicación del criterio personal de justicia de quien resuelve, más allá de lo que mande el ordenamiento jurídico” (Calvino, Gustavo; “La contribución del derecho procesal al sistema democrático”, pub. en elDial.com, DCFC2, del 24.11.08).-

[66] Couture, Eduardo J.; “El “Debido proceso” como tutela de los Derechos Humanos”, pub. en LL, Páginas del ayer, 2004-8.

[67] Const. Prov. (art. 15).

[68] Sobre el amplio espectro de “soluciones al conflicto” que no consigna al “proceso” como la única vía de solución, ver con provecho Meroi, Andrea: “La estrategia y el derecho procesal. La comprensión de la decisión y estrategia en la solución de conflictos” disponible en [www.cartapacio.edu.ar/ojs/index](http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index). Asimismo, la obra de Etcheverry-Highton Dir. “Resolución alternativa de conflictos”, Buenos Aires, ed. Hammurabi, 2010, T. 2, ilustra sobre el particular.

[69] Gozáini, Osvaldo; ya cit., p.8 y ss.

[70] Prólogo del Dr. Adolfo Alvarado Velloso a la edición de la editorial La Ley del libro de Couture, Eduardo J. “Fundamentos...”, pub., 2010

[71] Sobre tal sólida afirmación ver con provecho Calvino Gustavo: “La garantía del proceso que emana de los derechos humanos a través de la acción procesal”. Asimismo “La contribución del derecho procesal al sistema democrático”, pub. en elDial. Com, del 24.11.08 y “El proceso a partir del hombre y la libertad”, pub. En elDial.com, del 02.06.09, del mismo autor.

[72] Alvarado Velloso, Adolfo: “Introducción...”, 1º parte, ya citada, p. 44 y 261.

[73] Ídem, p. 260.

[74] Conf. Calvino, Gustavo: "Derecho procesal y seguridad jurídica", LL, 30.12.05, ya cit.

[75] "Cada día -decía Morello - estamos más próximos a aceptar que la teoría general del proceso muchas veces se ha apartado de la realidad sobre la cual sus principios y consecutarios debían operar. Y a coincidir, por ende, con quienes sostiene que se han abierto vías que corren proyecciones que cada vez se alejan más una de la otra. Y no es que la teoría este enferma o en situación de parálisis ni mucho menos muerta, sino que no logra modificar la realidad disociándose así del "arte" de hacer el Derecho sin tampoco afinar la compatibilización equilibrada de la dogmática con la política jurídica. (...). Resulta entonces impostergable la readaptación del servicio en correspondencia con la plasticidad con que se desarrollan los fenómenos, pues de no acontecer ello, el bolsón de los reclamos seguirá desnudando la evidencia que el pueblo capta de modo más dramático e inapelable: la de que unos (los juristas y los políticos) y otros (la ciencia del proceso y la praxis del hacer político), han cortado sus raíces y relaciones vivas con la sociedad y específica misión. Conf. Morello, Augusto Mario: "Familia y jurisdicción. Hacia una tarea interdisciplinaria", pub. en JA, 1990-IV-879.

[76] Conf. Zagrebelsky, Gustavo: "El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia", Trad. Marina Gascón, Décima Edición, Ed. Trotta, Madrid, España, 2011, p. 9.

[77] Conf. Meroi, Andrea: "El derecho procesal y su inserción en la teoría...", ya citado, p. 62.

[78] Muchas son las características tipificantes de nuestros tiempos "posmodernos". Entre ellas, inflación de la conflictividad y la multiplicidad que se expresa en la denominada descodificación que cambia el rol tradicional de los códigos de ser continentes de la totalidad del sistema. Otra es la flexibilidad, una de cuyas manifestaciones es la proliferación de ramas y derechos especiales y estatutarios que frecuentemente tienen componentes multidisciplinarios. V. con provecho De Trazegnies, Fernando: "El derecho civil ante la postmodernidad", pub. en JA, 1990-II-653 y ss. y Chaumet, Mario: "La posmodernidad y las técnicas alternativas de resolución de conflictos", pub. en ED, 157, entre otros.

[79] V. Chaumet, Mario E.-Meroi, Andrea: ¿Es el derecho el juego de los jueces?, pub. en LL 2008-D, p. 717 y sgtes.

[80] V. Chaumet, Mario E.-Meroi, Andrea: Constitucionalización del derecho y recodificación del derecho privado: ¿será en definitiva el derecho solo el juego de los jueces?, en prensa. Los autores explican allí que el debate forense, el proceso, no es ajeno a la racionalidad dialéctica necesaria para este tiempo histórico. En efecto, si no se quiere caer en posturas en donde cualquier idea de certeza se estime como carente de referencia sólida y rebajada a pura mito, pura ideología, es menester asumir una metodología que permita reconocer al razonamiento jurídico como intersubjetivo y dialógico, y exigir a los jueces una mayor justificación de sus decisiones.

[81] Calvino, Gustavo: "El proceso a partir del hombre y la libertad", pub. en elDial.com, del 02.06.09.

[82] Autor cit; "Fundamentos...", p. 122 y ss.