



COLEGIO DE ABOGADOS DE MORÓN

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL CIVIL

**“EL ACCESO AL EXPEDIENTE EN LOS PROCESOS DE FAMILIA COMO
PRESUPUESTO BASAMENTAL DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA EN
JUICIO”**

*(Publicado originalmente en la Revista "Temas de Derecho Procesal", editorial Errerius,
edición de julio de 2018, pág. 611 y sgtes.)*

Por Ivana E. Jordan^(*)

“La ley no es el techo del ordenamiento jurídico”.⁽¹⁾

Germán J. Bidart Campos

I - INTRODUCCIÓN

Esta presentación que los operadores jurídicos -y no jurídicos- interesados en la temática bajo comentario tienen, entre sus manos -o en las pantallas de sus dispositivos electrónicos-, intenta repensar el acceso al expediente en el proceso de familia desde la perspectiva de los derechos humanos, que en definitiva no es otra cosa que procurar un análisis acortando la brecha existente entre el nuevo paradigma de constitucionalización del derecho -receptado en nuestro ordenamiento jurídico desde la reforma constitucional de 1994- y la realidad de la *praxis* tribunalicia en lo que respecta al acceso del expediente en el proceso de familia.

No es novedad, en materia de procesos de familia (y decimos procesos porque las tipologías englobadas en esa categoría son muchas), que las partes y/o los abogados no puedan acceder al expediente, o no puedan hacerlo con sencillez o con asiduidad, por diversos motivos. Algunas veces por razones jurídicas justificadas -como, por ejemplo, en las medidas cautelares-, pero también muchas otras veces por razones materiales (ingreso

del expediente a despacho, salida en vista a otras dependencias, trabajo del cuerpo técnico y similares).

El trabajo intenta abordar ese tema y demostrar cómo, en ciertas condiciones, esta situación implica una fuerte restricción (quizás una de las más intensas de nuestros días) al ejercicio del derecho de defensa en juicio.

Para acotar el tema de análisis, argumentaremos desde la situación existente en la Provincia de Buenos Aires, a mediados de 2018; aunque muchas de las consideraciones que aquí haremos, como se basan en normas de fondo, convencionales y constitucionales, son aplicables a las distintas jurisdicciones del país.

II - PUNTOS DE PARTIDA

Para poder llevar a cabo el objetivo de esta presentación, es relevante aclarar cuáles son nuestros puntos de partida, claro está que pueden o no ser compartidos por los lectores, pero es necesario ponerlos en la mesa, aunque se expliciten más adelante.

Ellos son:

- a) El nuevo paradigma de constitucionalización del derecho privado y los principios procesales aplicables derecho de familia desde la perspectiva de los derechos humanos con la incorporación de los mismos en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCo.).
- b) Las garantías judiciales de debido proceso y defensa en juicio.

a) El nuevo paradigma de constitucionalización del derecho y los principios procesales aplicables al derecho de familia desde la perspectiva de los derechos humanos con la incorporación de los mismos en el CCyCo.

Como bien lo ha señalado el ilustre Morello, el proceso de familia es un proceso flexible, por ende, a diferencia de los tradicionales, no se encuentra apegado a la estructura rígida y al trámite que reglan los Códigos, pues, por el contrario, opera en función de los principios que lo fundan y de acuerdo con los hechos que presenta cada caso en particular. Es, de este modo, un proceso de hechos y principios que va más del cumplimiento de una formalidad, porque lo que interesa es encontrar una solución al problema y que esa solución coadyuve en la construcción de un nuevo orden de lo familiar.⁽²⁾

Esta particularidad del proceso de familia y los nuevos paradigmas, mencionados precedentemente, imprimen una mirada diferente para la atención y resolución de conflictos familiares, como también para la realización de los derechos humanos fundamentales. El

proceso se convierte entonces en una herramienta esencial para ello, adquiriendo características que le son propias y que el CCyCo. incorpora en su texto.⁽³⁾

Los procesos de familia, a los que estamos haciendo referencia, han sido regulados, en el Título VIII "Procesos de familia" del Libro II "Relaciones de familia" del CCyCo., en cuatro capítulos que comprenden del artículo 705 al 723. El Capítulo 1 se refiere a los "Disposiciones generales"; el Capítulo 2 trata de las "Acciones de estado de familia"; el Capítulo 3 se refiere a las "Reglas de competencia"; finalmente, el Capítulo 4 se ocupa de "Las medidas provisionales".⁽⁴⁾

Se han escrito océanos de tinta en lo que respecta a la constitucionalidad de la inclusión de normas procesales en el derecho de fondo, a tenor de lo normado en los artículos 5 y 121 de nuestra Carta Magna.

En este sentido, la CSJN ha establecido que *"...si bien las provincias tienen la facultad constitucional de darse sus propias instituciones locales y, por ende, para legislar sobre procedimiento, ello 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..."*.⁽⁵⁾

Concordante con lo dicho, la doctrina ha considerado que el CCyCo. fija pautas mínimas desde lo procesal desde una perspectiva constitucional e infraconstitucional, pudiendo las provincias regular sus procedimientos conforme sus facultades y alcances.⁽⁶⁾

A decir de Camps, el postulado fundamental del cual se desprendería la validez de esta legislación formal en el Código de fondo es la eficacia; así, y según nos enseña, una norma procesal contenida en una ley nacional no podrá ser considerada inconstitucional si sirve para dotar de eficacia al instituto de derecho de fondo al que se vincula.⁽⁷⁾

Pero los principios generales procesales, por su alto grado de abstracción, no pueden suministrar el procedimiento exacto a seguir, aunque sirven para orientar la actividad creadora del Poder Judicial en toda la tramitación de los conflictos familiares y también para uniformar las respuestas procesales en todo nuestro vasto territorio. Los principios generales se encuentran establecidos en los arts. 705 a 710, y recogen las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia en condiciones de vulnerabilidad.⁽⁸⁾

Estos principios generales son: 1. tutela judicial efectiva; 2. intermediación; 3. buena fe y lealtad procesal; 4. oficiosidad; 5. oralidad; 6. acceso limitado al expediente; 7. acceso a la justicia; 8. personas vulnerables; 9. resolución pacífica de los conflictos; 10. especialización; 11. el interés superior de niños, niñas y adolescentes.

Estos principios no son una innovación, dado que dichos principios estaban impuestos por el ordenamiento constitucional. Motivo por el cual, a partir de la vigencia de nuestro Código Unificado, los principios rectores del proceso de familia no solo se encuentran en el marco legal de nuestra Carta Magna, sino también en nuestro ordenamiento civil vigente.⁽⁹⁾

De los principios mencionados nos interesa examinar el que se refiere al acceso limitado al expediente.

Nos detenemos en él, porque creemos que es uno de los pilares necesarios para analizar el tema bajo comentario.

Dicho principio procesal se encuentra regulado en el artículo 708 del CCyCo., el cual arguye de manera literal lo siguiente: *“El acceso al expediente en los procesos de familia está limitado a las partes, sus representantes y letrados y a los auxiliares designados en el proceso. En caso de que las actuaciones sean ofrecidas como prueba ante otro juzgado, se debe ordenar su remisión si la finalidad de la petición lo justifica y se garantiza su reserva”*.

Al respecto se ha dicho que en materia de procesos de familia, nuestro CCyCo. propugna un sistema opuesto al sistema de publicidad que rige en el derecho procesal civil, inclinándose por el “sistema de reserva”, el cual se compatibiliza mejor con la característica privada y personalísima de los intereses en juego; de allí que se establezca un acceso limitado al expediente que debe entenderse extendido a la privacidad de las audiencias y a la consulta del protocolo para preservar efectivamente el derecho que es su fundamento.⁽¹⁰⁾

En profundas reflexiones, recalca la doctrina que este es uno de los procesos donde se ventilan mayores intimidades y de allí que sea lógico el especial resguardo de los datos, de la información que surja de los expedientes, y que cuantas menos sean las personas que tengan acceso o conocimiento de lo que allí se trata, mejor, siendo el respeto por la privacidad el norte a seguir; destacando incluso la amplitud del concepto de “acceso” que no debe circunscribirse solo al contacto físico con las fojas que componen el expediente, sino también al mandato de reserva o silencio extraprocesal de los actos, que le corresponde a todos (partes, miembros del juzgado, letrados, auxiliares, etc.).⁽¹¹⁾

Hasta aquí vemos una de las facetas de la norma, lo que dice en su literalidad.

Pero, quizás, mirándola desde una perspectiva convencional y constitucional, podamos encontrarle un sentido bastante más amplio.

Para fundar esto tenemos que exponer algunas cosas más.

b) Las garantías judiciales de debido proceso y defensa en juicio

Repasamos la normativa fundamental:

- El artículo 18 de la Constitución Nacional arguye, en lo concerniente, que *“ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice”*.

- El artículo 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires establece: *“La Provincia asegura... la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial...”*.

- El artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos estipula, en lo pertinente:

“1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

- El artículo 1.1 de la Convención establece: “Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

- El artículo 2 de la Convención dispone: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”

- El artículo 14, apartado 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los

casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores...”.

- El artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos indica: *“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”*.

Con todo esto expuesto, haremos unas consideraciones muy breves sobre el debido proceso.

El derecho de defensa está íntimamente relacionado con el debido proceso ya que necesariamente debe entrar en la composición de este.⁽¹²⁾

Dicha premisa no es objeto de discusión.

No obstante, resulta difícil acordar qué significa el debido proceso.

Respecto a la conceptualización de dicha garantía judicial, mucho han escrito los autores. Como bien señala Casimiro Varela el debido proceso legal pretende la realización de ese ideal de lo justo a través de una normativa a la que debe adecuarse el proceder de los protagonistas, y ello se concreta en dos carriles. El primero de ellos se encuentra en el orden constitucional creado por el legislador constitucional y el segundo en el derecho procesal que, basado en la Constitución, reglamente los derechos y garantías que la misma consagra en lo tocante al debido proceso.⁽¹³⁾

Por otra parte, atento a la doctrina sentada por la Corte IDH⁽¹⁴⁾, podría definirse *al debido proceso como el conjunto de garantías mínimas que deben cumplirse en todo proceso*, y que deben observarse en todas las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del estado que pueda afectarlos. En definitiva, se trata de un resguardo jurídico que debe proveer todo estado de derecho para asegurar, en mayor medida posible la solución justa de una controversia y el ejercicio democrático del poder. Son diversas las garantías procesales que conforman lo que denominamos debido proceso.

El artículo 8 de la Convención Americana, que ya hemos mencionado, establece el contenido mínimo de garantías que los órganos decisores de los Estados partes deben respetar para arribar a una decisión justa.

En mérito a la extensión y al propósito de este trabajo, nos vamos a centrar en analizar la garantía procesal consagrada en el artículo 8, inciso 2.c), de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual consiste en la *“concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de la defensa”*.

Esta garantía tiene el propósito de garantizar que las personas puedan preparar en forma apropiada la defensa de sus derechos.

En virtud de ello es que el artículo mencionado contempla en forma conjunta dos exigencias: por un lado, que se otorgue tiempo suficiente para el ejercicio del derecho de defensa; y por el otro, que se concedan los medios adecuados para hacerlo.

Previo a seguir es menester aclarar que si bien el art 8 inc. 2 al igual que la doctrina de la Corte Interamericana que vamos a citar con posterioridad, hacen referencia al ámbito penal, pensamos que el alcance de la intangibilidad del conjunto de garantías mínimas o requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del estado que pueda afectarlos -debido proceso- se aplica no solo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna.⁽¹⁵⁾

Es decir que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.

Sería poco razonable pensar que solo al inculpado penalmente debería reconocérsele la garantía de los medios y tiempos adecuados para preparar su defensa.

Asimismo, la Corte ha indicado que el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.⁽¹⁶⁾

Esto revela que el debido proceso incide sobre todos estos órdenes y no solo sobre el penal.

Superada esta aclaración pasaremos a analizar los preceptos mencionados precedentemente.

Se ha considerado que el tiempo adecuado para preparar la defensa depende del carácter de los procedimientos (si se trata de actuaciones preliminares, proceso judicial o apelación) y las circunstancias objetivas del caso.⁽¹⁷⁾

Desde el sistema europeo, el criterio para juzgar el “tiempo adecuado” para la defensa varía de acuerdo con las circunstancias del caso.⁽¹⁸⁾

En este contexto, y atento al objeto que motivaron estas líneas, es hábil preguntarnos: ¿los Estados partes de la Convención garantizan a todas las personas, mediante el acceso de las partes al conocimiento del expediente, el derecho fundamental de contar con los tiempos y medios adecuados para preparar la defensa?, ¿cuál sería el tiempo adecuado que debe mediar entre el período en el cual el abogado pudo acceder al expediente y la notificación de una sentencia o providencia, para que no medie incumplimiento de los

Estados partes de la Convención, en lo que respecta al artículo 8, inciso 2.c), de dicho cuerpo normativo?

Para dilucidar los interrogantes planteados es menester tener presente -en primer lugar- que la CIDH en el “Caso Castillo Petruzzi” -pág. 97, párr. 136.b- estableció que el escaso tiempo dado a los defensores, así como la notificación de que la sentencia sería emitida al día siguiente a aquel en que el abogado pudo acceder al expediente, ponían en duda “la seriedad de la defensa” y la volvían ilusoria. Y que estos hechos son violatorios del artículo 8.2.c) de la Convención.

Asimismo, la Corte señaló que, cuando los abogados son llevados a actuar en condiciones absolutamente inadecuadas, no se puede sostener que las víctimas cuenten con una defensa adecuada.

En segundo lugar, la Corte en el fallo “Barreto Leiva vs. Venezuela” -párr. 53, 54 y 55-: *“reconoce la existencia de la facultad e incluso la obligación del Estado de garantizar en la mayor medida posible el éxito de las investigaciones y la imposición de sanciones a quienes resulten culpables, el poder estatal no es ilimitado. Es preciso que el Estado actúe ‘dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permiten preservar tanto la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona humana’.*

*Uno de esos derechos fundamentales es el derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, previsto en el artículo 8.2.c) de la Convención, que obliga al Estado **a permitir el acceso del inculpado al conocimiento del expediente llevado en su contra** (el destacado nos pertenece).*

Asimismo, se debe respetar el principio del contradictorio, que garantiza la intervención de aquel en el análisis de la prueba. Si el Estado pretende limitar este derecho, debe respetar el principio de legalidad, argüir de manera fundada cuál es el fin legítimo que pretende conseguir y demostrar que el medio a utilizar para llegar a ese fin es idóneo, necesario y estrictamente proporcional. Caso contrario, la restricción del derecho de defensa del individuo será contraria a la Convención”.

Esto que hemos dicho, va sentando las bases para el desarrollo que sigue, y nuestra conclusión.

III - EL CONOCIMIENTO COMO PRESUPUESTO DE LAS DECISIONES, DE LA ACTUACIÓN JUDICIAL Y, EN DEFINITIVA, DE LA DEFENSA. LA CUESTIÓN EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

Como bien se lo ha señalado, para el cabal ejercicio del derecho consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional es necesario que la parte conozca las diversas

vicisitudes del procedimiento, no solo lo que decida el tribunal, sino también de aquellas cuestiones y planteamientos que vayan introduciendo los otros sujetos procesales.⁽¹⁹⁾

No parece necesario, a esta altura del desarrollo, seguir argumentando mucho sobre este punto.

O sea, toda la doctrina construida en torno a la defensa en juicio debe apoyarse sobre un cimiento evidente: el conocimiento de lo que se está actuando en sede judicial.

Difícilmente puede el sujeto procesal intervenir en el proceso y ejercer cabalmente sus derechos si no sabe de qué se trata y cuáles son los elementos que obran en el expediente.

Además, no sería suficiente que lo conozca el propio sujeto, sino también que puedan hacerlo quien o quienes vengan al proceso a asesorarlo técnicamente.

Esto, que es así en todo proceso, realza su importancia en materia de procesos de familia.

Primero, debemos tener en cuenta ciertas particularidades de estos procesos.

En tal sentido, y a diferencia de lo que sucede en otros contextos (civil, comercial, laboral), donde los procesos generalmente operan respecto a hechos pasados, cristalizados, cuya existencia o no el juez debe determinar y luego deducir de ellos las consecuencias jurídicas, en el caso de los procesos de familia, las cuestiones son mucho más complejas.

Se trata de una realidad que, lejos de congelarse en un momento determinado, sigue evolucionando, avanzando, fluctuando.

Así, en estos procesos, el juez no opera respecto a determinados hechos pasados en un momento, sino que la realidad de las cosas es muy distinta.

Esto trae consecuencias importantes.

Porque, en un proceso común, la falta de acceso al expediente o a los datos recolectados en un momento determinado va a suplirse con determinados mecanismos (por ejemplo, la constancia en el libro de asistencia; art. 133, CPCC y análogos provinciales), pero, en procesos de familia, este tipo de institutos se perfila muchas veces insuficiente.

Porque el conflicto, lejos de haber quedado fácticamente fijado en un momento con partes que muchas veces no vuelvan a tener contacto, aquí se mantiene latente y a la espera de una solución.

Las vidas siguen, las cosas continúan.

Esto hace que la mayoría de las veces dichos procesos tengan una dinámica muy singular, con multiplicidad de escritos, presentaciones simultáneas, promoción de incidentes, informes especializados y mil etcéteras.

Y aquí no es suficiente con dejar constancia en el libro de asistencia durante un lapso más o menos prolongado de tiempo, mientras, fuera del expediente, las cosas siguen sucediendo; aquí es necesario conocer lo que se está obrando, para luego definir cursos de acción.

O sea, el sistema que se ha pensado para los procesos civiles comunes en el caso de que el expediente no pueda consultarse (constancia en el libro de asistencia) parecería insuficiente para funcionar dentro del ámbito de los procesos de familia.

La descrita es una realidad palpable que se vivencia entre los colegas que, a diario, reclaman sobre la base de la imposibilidad de acceder a tomar contacto con los expedientes dentro de lo que es el fuero de familia.

Esto no es todo.

El proceso de familia muchas veces involucra sujetos en condiciones de vulnerabilidad; y a todas estas vulnerabilidades, inherentes a estas controversias, el contexto bonaerense nos muestra -a quienes allí trabajamos- que se suman otras vulnerabilidades, las económicas.

Esto conlleva a que, en variadas oportunidades, las partes -que no pueden costearse un abogado- sean asistidas por la Defensa Oficial.

Entonces, las dificultades se acrecientan, porque la (sobrecargada) Defensa Oficial debe, además, estar lidiando con las cuestiones vinculadas con la imposibilidad de acceder a compulsar el expediente.

IV - RELECTURA DEL PROBLEMA SOBRE LA BASE DE LAS NORMAS DEL CCYCO.

Nosotros pensamos que la regla del artículo 708 del CCyCo. debe interpretarse en armonía con las de las convenciones y constituciones, y así nos ofrece una lectura renovada, más allá de su literalidad.

En su lectura lineal, la norma parecería indicar la limitación del acceso al expediente.

Pero en una hermenéutica más amplia, podríamos interpretar que, paralelamente, el precepto implica garantizar el acceso al expediente a las personas allí mencionadas.

Por otro lado, esta es la interpretación que mejor se correlaciona con la regla del artículo 706, interpretando las normas procesales de modo de facilitar el acceso a la justicia y de efectividad de la tutela.

Entonces, y de acuerdo con lo expuesto, podríamos decir que resulta imperioso que, salvo casos excepcionales, cuando las personas mencionadas en el artículo 708 reclamen acceder al expediente, ello debería posibilitárseles de manera irrestricta.

Sabemos que, por lo común, la regla es que cuando el expediente se encuentra “a despacho” el mismo no puede ser compulsado pero creemos que, en realidad, esta práctica tiene más que ver con la costumbre tribunalicia que con la existencia de normas jurídicas que así lo impongan.

V - OTRAS CUESTIONES (EXPEDIENTES FÍSICOS Y DIGITALES)

A este panorama jurídico es menester adicionarle que, tanto en Provincia de Buenos Aires como en Capital Federal, ya sea mediante el sistema de consultas web de expedientes del Poder judicial de la Nación o por la mesa de entradas virtuales del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires -en adelante MEV-, existe la posibilidad de realizar consultas vía informática.

Pero para poder acceder a dichos expedientes mediante el sistema electrónico, ya sea tanto en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como en la Provincia de Buenos Aires, se necesita que los juzgados den el alta del mismo; este procedimiento tiene su razón de ser en el principio de reserva al que ya aludiéramos.

En este orden de ideas es menester subrayar que en la Provincia de Buenos Aires, hasta el advenimiento de la resolución 923/2018, era necesario obtener el “Alta de solicitud filial”, para que las partes y/o sus letrados pudieran acceder al expediente mediante la MEV.

Dicha alta se obtenía previa presentación -en el juzgado donde tramita el expediente- del formulario de “Autorización MEV para expedientes de familia”.

En la práctica tribunalicia esta autorización era proveída en un plazo aproximado de 3 a 5 días (a veces más). Siempre y cuando dicha solicitud no fuera observada -por ejemplo, por errores de tipeo-, lo cual demoraba más aún dicho acceso a la MEV.

Esta circunstancia prolongaba el tiempo en el cual la parte interesada y/o su letrado/a no podían acceder al expediente por la MEV, por lo cual -en vigencia del régimen anterior- nos preguntábamos si: 1. el hecho de que en la Provincia de Buenos Aires las partes y/o sus letrados no pudieran acceder a la MEV, previa autorización para dicho acceso, ¿no implica una vulneración al derecho constitucional de defensa en juicio?; 2. acaso, ¿no existía otra solución más acorde con el derecho constitucional de defensa en juicio y que a la vez logre reservar la información e interés involucrados en un proceso de familia?

Pues bien, en este orden de ideas, es menester subrayar que el 6 de junio del corriente año, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires dictó la resolución 923/2018, mediante la cual aprobó el reglamento para la autorización de acceso electrónico a la información de gestión de expedientes de los órganos judiciales del fuero de familia, penal y de responsabilidad penal juvenil a través del sistema MEV, a fin de habilitar un

mecanismo más ágil de acceso respecto a las partes del proceso, sus representantes y letrados y que, a la vez, permita descomprimir el camino de presentaciones judiciales que se generan a diario a tal fin.

Ello no pone en riesgo el resguardo del derecho de privacidad propio del fuero de familia, dado que solo se habilitará un mecanismo informático de gestión judicial para que sean autorizados las partes, sus representantes y letrados, continuándose con el sistema vigente de solicitud puntual de autorización para aquellos que exhiban un interés legítimo en la causa, pero aún no revistan el carácter de parte en la misma.⁽²⁰⁾

Esta resolución, dictada por el Máximo Tribunal en el orden provincial, nace como resultado de la presentación realizada por el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, en la que se refiere a la necesidad de abreviar los tiempos para la autorización de acceso electrónico del fuero de familia mediante el sistema MEV.

Recordemos que, en su momento, la incorporación del servicio MEV había sido dispuesta mediante la resolución 545/2006 de la Suprema Corte.

Su artículo 3 establecía que *“para adquirir el carácter de usuario, el profesional matriculado deberá completar un formulario electrónico que estará disponible en la página oficial del Poder Judicial en la red internet, y enviarlo por tal medio. Ello generará automáticamente un segmento (set) exclusivo y reservado para el alojamiento de datos indicativos de la causa cuyo acceso sea autorizado”*. Y su artículo 4 que *“la autorización de acceso, será solicitada por el usuario mediante escrito con copia en cada expediente donde haya tomado intervención. El Tribunal de Familia dispondrá el permiso correspondiente mediante un software habilitado al efecto. Los señores titulares de Defensorías Oficiales coordinarán con la Presidencia de los Tribunales de Familia la adaptación de diferentes modalidades según el mayor volumen de requerimientos. Tal excepción no implicará en ningún caso diferencia en el tipo de información obtenida respecto de los particulares”*.

Ello daba lugar al modo de actuación que antes mencionábamos.

Pues bien, estos dos preceptos han sido reemplazados -ahora- por la resolución 923/2018, que entrará en vigencia en julio/2018.

El nuevo artículo 3 ahora dispone que *“las partes, sus representantes y letrados tendrán acceso directo al sistema MEV en cada causa en la que intervengan, debiendo el magistrado del fuero de familia otorgar el permiso correspondiente a través del sistema de gestión judicial, al momento de cargar o verificar en este último los datos de cada parte que surgen de las presentaciones iniciales -o posterior con nuevo letrado- que realicen las mismas en el proceso, para lo cual se habilitará informáticamente dicho mecanismo. A tal fin, los interesados deberán solicitar en tales presentaciones el acceso respectivo,*

denunciando su carácter de parte, representante o letrado y su nombre de usuario de la MEV”.

O sea, y como se ve, el acceso se mantiene restringido (lo que respeta las reglas del CCyCo.) pero la autorización -para las partes, sus representantes y letrados- tendrá lugar de manera automática ante la primera presentación que se realice, sin depender de ninguna actuación accesoria.

A su vez, el artículo 4 -para aquellos sujetos a los que no les fuera aplicable el art. 3- dispone que *“toda otra persona que exhiba un interés legítimo en el expediente, para obtener el permiso de acceso electrónico al mismo, deberá solicitarlo a través de un formulario que a tal fin estará disponible en la página oficial de la Suprema Corte de Justicia. Ello generará automáticamente un segmento (set) exclusivo y reservado para el alojamiento de datos indicativos de la causa cuyo acceso sea autorizado. Dicha autorización será solicitada por el usuario mediante escrito, en cualquiera de sus soportes, con copia en cada expediente donde quiera tomar intervención. El órgano dispondrá el permiso correspondiente mediante un software habilitado al efecto. El mecanismo de autorización precedente también será aplicable para aquellas solicitudes realizadas por las partes, sus representantes y letrados que no se encuentren incluidas en las presentaciones que se estipulan en el artículo anterior. Los integrantes del Ministerio Público coordinarán con los titulares de los órganos jurisdiccionales la adopción de diferentes modalidades según el volumen de requerimientos. Ello no implicará en ningún caso diferencia en el tipo de información obtenida respecto de los particulares y letrados”.*

Este artículo -insistimos- se refiere a las personas no mencionadas en el anterior y no contempla una actuación automática, sino subordinada a la decisión judicial (que deberá corroborar la existencia, o no, del interés legítimo que se menciona, siempre a la luz de lo prescripto por el CCyCo.).

Por lo demás, se ocupa de la cuestión del Ministerio Público, tema que está dando bastantes problemas en el ámbito local, teniendo en cuenta la falta de interoperabilidad de los sistemas Augusta y SIMP (que es el que utiliza el Ministerio Público).

Además, dejando de lado la nueva resolución de la Suprema Corte, otro problema que se verifica en la práctica es que, en la versión MEV de los expedientes, muchas veces los despachos no se cargan adecuadamente, lo que complica muchísimo más la labor abogadil.

Quizás, a nivel bonaerense, esto llegue a solucionarse con el acuerdo 3886/2018 (nuevo Reglamento de presentaciones electrónicas) o tal vez no.

Y aquí hay algo que creemos que no debe perderse de vista: el acuerdo 3886/2018 parece más enfocado en el fuero civil y comercial que para el de familia.

Es que la “despapelización” pensada por el Reglamento no opera cuando la parte actúa por derecho propio, patrocinada por un abogado; lo que es usual en el fuero de familia.

Tampoco contempló claramente dicho Reglamento como opera, en el fuero de familia, la necesidad de digitalizar cúmulos de documentación que llega al órgano judicial, por emitida quienes no son parte en el proceso, lo cual genera -insistimos- la necesidad de que sea el juzgado quien digitalice absolutamente todo.

Igualmente, y como lo adelantábamos, el Reglamento no contempló qué hacer con el Ministerio Público (cuya actuación es moneda corriente en los procesos de familia).

Amén de lo cual, y en la *praxis* tribunalicia de la Provincia, los primeros días de vigencia del Reglamento han generado a los profesionales del fuero de familia -de ambos lados del mostrador- diverso tipo de complicaciones, e incluso mutiplicidad de criterios interpretativos.

Es lo expuesto, lo que genera nuestras dudas en cuanto a si este acuerdo conllevará mejoras de envergadura en lo que hace al acceso a la información de los expedientes del fuero de familia.

VI - EL PROBLEMA EN MATERIA DE VIOLENCIA FAMILIAR

Nadie va a discutir la consabida problemática de violencia familiar que aqueja a nuestra sociedad.

En sintonía con ello, las leyes organizan ciertos sistemas de protección en los cuales se restringe, bastante, la intervención del sindicado como violento.

Entonces, muchas veces se adoptan resoluciones intensas (exclusión del hogar, impedimentos de contacto, restricciones de acercamiento) operando sobre la base de elementos de convicción acerca de los cuales el sindicado responsable no ha tenido ocasión de expedirse, controlar, ni decir siquiera una palabra.

La justificación de la validez constitucional de estos temperamentos tiene que ver con la esencia misma de las cosas y con los valores que están en juego; además, con la provisionalidad de estas decisiones.

Muchas veces se las menta como medidas de naturaleza autosatisfactiva y otras como medidas cautelares.

Ahora bien, cualquiera sea el enfoque que se le dé, es válido traer a colación el criterio de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que, cuando se trata de resoluciones de índole cautelar, la defensa del cautelado viene reconocida por la posibilidad de alzarse contra la decisión.⁽²¹⁾

Pero el problema viene dado, en estos casos, cuando luego de adoptada la medida y para poder fundar el eventual recurso que se hubiera interpuesto, el sindicado como violento -o su letrado- no tienen acceso a las actuaciones, o si lo tienen, este es muy restringido.

No debe olvidarse que el criterio en materia de cautelares es su tramitación inaudita parte, pero solo hasta su dictado (art. 198, CPCC, y análogos de las provincias); luego sobreviene la etapa recursiva, donde no hay razón ni fundamento para retacear el acceso.

Pues bien, no son infrecuentes los casos en los cuales el letrado procura acceder al expediente de violencia, pero no consigue hacerlo o bien consigue hacerlo solo de manera harto acotada; y ejercer la defensa, en esas condiciones, es bastante complejo; más aún cuando se lo tiene que hacer respecto de elementos probatorios (declaraciones testimoniales) en cuya gestión no se intervino; circunstancia que, en algunos casos puntuales, puede dar lugar a situaciones rayanas al abuso (art. 10, CCyCo.) o transformar en definitivas o permanentes cierto tipo de decisiones pensadas para operar en una coyuntura específica, pero no para dar una respuesta de naturaleza definitiva a ciertas problemáticas familiares (responsabilidad parental, atribución del hogar, etc.).

VII - CONCLUSIONES

Es de público conocimiento para nuestros lectores que en la actualidad estamos atravesando un período de adecuación de nuestro ordenamiento jurídico interno al nuevo paradigma de constitucionalización de derechos.

Una clara prueba de ello es la entrada en vigor de nuestro código unificado, y de las nuevas disciplinas de derecho constitucional familiar y procesal constitucional.

En este contexto es dable resaltar que desde que comenzó a desarrollarse en nuestro ordenamiento jurídico el paradigma de constitucionalización del derecho hasta la adecuación en nuestro Código de fondo pasaron 21 años.

Sabemos que una adecuación de esta magnitud lleva su tiempo, como todo en la vida. Pero en virtud de la particularidad de los conflictos del derecho de familia, que explicamos precedentemente, no podemos tardar otros 21 años para readecuar este proceso conforme al nuevo paradigma de constitucionalización.

Esta es una cuestión relevante en la cual se debe trabajar para brindarle a todas las personas una justicia de calidad y no caer en responsabilidad estatal.

Por consiguiente, consideramos, en primer término, que nuestros Códigos de rito deben tener un título especial para regular las garantías judiciales conforme a lo establecido en los tratados internacionales de derechos humanos con rango constitucional.

En segundo lugar y a fin de garantizarle a todas las personas un proceso debido y la defensa en juicio, creemos que la interpretación siempre debe ser amplia y favorecedora del acceso al expediente.

Creemos que, frente a la necesidad de acceder al expediente, los órganos de familia deberían mostrarse amplios y permeables, adoptando todas las medidas que fueran necesarias para favorecer este acceso y no para restringirlo; incluso cuando el mismo se encontrara "a despacho" nada impediría que, resguardando los escritos aun no proveídos y los proyectos de despacho no firmados, el interesado pudiera tomar contacto con las actuaciones.

En tercer lugar, pensamos que las partes y sus letrados deberían poder acceder por el sistema informático a una réplica completa del expediente físico; y que de esta forma quedaría garantizada la defensa ya que el presupuesto de la defensa es el conocimiento de lo actuado, y se obtendría el reconocimiento de la causa de manera completa.

En cuarto lugar y con respecto a la nueva implementación del acceso directo al sistema MEV, en el fuero de familia de la Provincia de Buenos Aires -ver acápite V-, consideramos que esto implica un beneficio, aportando sencillez y economía de medios, siendo una arista importante para solucionar la problemática del acceso al expediente de familia, porque nada funciona de manera aislada en el derecho, al igual que en la vida misma.

Sin embargo, no debemos olvidarnos de otro de los problemas que se verifica en la práctica, respecto a la versión MEV de los expedientes, ya que -como lo decíamos- muchas veces los despachos no se cargan adecuadamente, ni pueden ser vistos de manera inmediata por los usuarios de la MEV, lo cual complica muchísimo más la labor abogadil.

Esto que señalamos, lo hacemos simplemente desde un punto de vista constructivo, con el objeto de que, a través de estas simples reflexiones y observaciones, podamos mejorar el servicio de justicia que brinda nuestro país a sus habitantes, y acércanos cada vez un poco más a nuestro ideal de un servicio de justicia de calidad.

Si bien somos conscientes de que el ideal implica una utopía a la cual no se puede alcanzar, es necesario tener presente que la misma nos permite avanzar y lograr que nuestro sistema sea más óptimo.

Ahora bien, frente a cualquier tipo de situación que impida -u obstaculice- el acceso (completo) a los datos del expediente (sea el físico o el electrónico), creemos que los abogados podrían plantear prórrogas argumentando la vulneración del derecho de defensa

en juicio que implica el tener que desarrollar sus funciones con información parcializada o incompleta; creemos que podría darse en estos supuestos el caso del artículo 157 del CPCC y análogo provincial, como para decretar la suspensión de un término para recurrir y/o expedirse. Conste que aquí ninguna virtualidad tiene el libro de asistencia, porque el mismo solo se limita a enervar la notificación *ministerio legis*, pero -por ejemplo- si la notificación se hizo por cédula, el término respectivo ya comienza a correr.

Y, finalmente, quizás los Colegios de Abogados deberían asumir una postura intensa en el caso de que se verifiquen impedimentos o restricciones indebidas para que los profesionales puedan cumplir los cometidos que los justiciables les asignen: lo cual es, para la Provincia de Buenos Aires, lo que determina el artículo 57, parte final, de la ley 5177.

Notas:

(*) Abogada. Graduada en la UBA. Integrante del Instituto de Derecho Procesal del Colegio de Abogados de Morón. Asistente a diversos cursos y jornadas. Ponente en Congreso de Derecho Procesal (2017) en representación del Instituto

(1) Bidart Campos, Germán J.: “La Ley no es el techo del ordenamiento jurídico (una muy buena sentencia de adopción)” - LL - 1997-F-145

(2) Morello, Mario A.: “Los procesos de familia, cuando se apaga la centuria” - ED - 178-1096

(3) Kemelmajer de Carlucci, Aída y Molina de Juan, Mariel: “Los principios generales del proceso de familia en el Código Civil y Comercial” - Revista de Derecho Procesal - 2015-2 - pág. 35; Ed. Rubizal-Culzoni Editores - Santa Fe - octubre/2015

(4) Ferreyra de De la Rúa, Angelina: “El procedimiento de familia en el Proyecto” - LL - 21/7/2012; Jorge L., Kielmanovich: “El proceso de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación” - LL - 31/7/2012 - pág. 1; Veloso, Sandra F.: “El proceso de divorcio según el Proyecto de Código Civil y Comercial” - DFyP - 1/7/2012 - pág. 45

(5) “Correa, Bernabé c/Barrios, Mariano R.” - CSJN - 1923 - Fallos: 138:157; “Comentario art. 705”, en Herrera, M.; Caramelo, G. y Picasso, S. (Dirs.): “Código Civil y Comercial Comentado” - T. II (arts. 401 a 723) - Infojus - julio/2015; Yuba, Gabriela: “Características del nuevo Código de Procedimiento de Familia de la Provincia de Córdoba, ley 10305” - Revista de Derecho de Familia - agosto/2016 - Año VIII - N° 7 - págs. 15/23

(6) Al respecto véase Rosales Cuello, Ramiro y Marino, Tomás: “Regulación legal de la tutela judicial efectiva y el debido proceso. ¿Es posible esa regulación dentro del código Civil?” - LL - 2014-E-880 - Cita Online: AR/DOC/3211/2014

(7) Camps, Carlos E.: “El federalismo procesal luego de la reforma del Código Civil y Comercial” - RCCyC - 2017-4 - pág. 3

- (8) Declaración de Brasilia - XIV Cumbre Judicial Iberoamericana - 4, 5 y 6/3/2008
- (9) Para aquellos lectores que les interesa profundizar en este precepto, les recomendamos De los Santos, A.: "Los procesos de familia en el proyecto de Código Civil y Comercial" - Infojus - www.infojus.gov.ar.
- (10) Medina, Graciela: "El proceso de familia" - Revista Reformas Legislativas. Debates doctrinarios. Código Civil y Comercial - Año I - N° 3 - pág. 25
- (11) Gallo Quintian, Gonzalo J., en AAVV: "Derecho procesal en el Código Civil y Comercial" - Quadri, Gabriel H. (Dir) - LL - Bs. As. - 2017 - T. 2 - pág. 1552
- (12) Varela, Casimiro A.: "Fundamentos constitucionales del derecho procesal" - Ed. Ad-Hoc - 1999 - pág. 175
- (13) Varela, Casimiro A.: "Fundamentos constitucionales del derecho procesal" - Ed. Ad-Hoc - 1999 - pág. 63
- (14) "Raxcacó Reyes vs. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas" - 15/9/2005 - párr. 85 - y en sus opiniones consultivas: 18/2003, "Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados", del 17/9/2003, párr. 123; y 16/1999, "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal"
- (15) Ver opinión consultiva 18/2003, "Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados"
- (16) Ver opinión consultiva 18/2003, "Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados"
- (17) "Juicios justos. Manual de amnistía internacional" - Ed. Amnistía Internacional - 1998 - pág. 63
- (18) Ferrer Arroyo, Francisco J.: "El debido proceso desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" - http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-14/Revista_Juridica_Ano14-N1_06.pdf
- (19) Quadri, Gabriel H.: "Cavilaciones acerca de la notificación por medios electrónicos" - SJA - 2014/10/01-25; JA 2014-IV
- (20) Consid. II, segundo párr.
- (21) CSJN - Fallos: 318:1711