

La operatividad de la tutela judicial efectiva frente al principio de congruencia

POR RUBÉN MARCELO GARATE(*)

Sumario: I. Introducción.- II. La constitucionalización del derecho privado.- III. La razonabilidad de la sentencia.- IV. La tutela judicial efectiva.- V. Sobre la solidaridad y la responsabilidad.- VI. La importancia del principio de congruencia.- VII. Una posible argumentación sobre los principios jurídicos.- VIII. Conclusión.- IX. Bibliografía.

Resumen: los principios jurídicos presentan como superiores a las normas. Existe una multiplicidad de principios que deben ser aplicados a la hora de brindar una solución plausible a una situación conflictiva. Frente a estas situaciones, el juez debe valorar las circunstancias particulares del caso. La tutela judicial efectiva, como el principio de congruencia procesal, como tales dan fundamento a la actuación judicial. Entendemos que la sentencia debe brindar una solución razonable, dentro del marco jurídico, tomando en cuenta, la amplificación que los principios han tenido con la incorporación de los derechos humanos. Toda vez que, desde la mirada de los derechos humanos, los principios pueden ser reinterpretados proporcionando una significación superadora.

Palabras claves: tutela judicial - principio de congruencia - derechos humanos

The operation of effective judicial protection against the principle of consistency

Abstract: the legal principles, have certain superiority over the rules, the conflict occurs when the principles to be applied are contradictory. In these cases, the judge must assess the particular circumstances of the case. The principle of judicial

(*) Prof. en Filosofía y Ciencias de la Educación. Dr. en Derecho, Universidad Argentina John F. Kennedy (UAJFK). Esp. en Derecho de Familia, Universidad de Buenos Aires (UBA). Esp. en Derecho Procesal Civil, Universidad de Buenos Aires. Prof. de Introducción al Derecho, Cat. II y III. Docente de la Maestría de Sociología Jurídica, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata. Docente de Abordaje Interdisciplinario del sujeto, UM. Docente investigador en el proyecto de Bienes Culturales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata.

protection can be opposed to the principle of procedural consistency. Faced with this situation, we know that the sentence must provide a reasonable solution, taking into account the legal framework provided by human rights.

Keywords: *judicial protection - principle of consistency - human rights*

I. Introducción

Uno de los grandes capítulos dentro de la teoría general del derecho tiene que ver con las fuentes del derecho. Bien cabe aclarar que, cuando nos estamos refiriendo a las fuentes, estamos hablando de los medios que nos proporcionan el conocimiento del derecho, como la ley, la jurisprudencia, la costumbre y la doctrina. Queremos remarcar que son ellas las que nos permiten establecer los criterios objetivos sobre los que se debe determinar la juridicidad o antijuridicidad de las acciones.

No por nada el Código Civil y Comercial comienza estableciendo en su primer artículo que todo caso debe resolverse teniendo en cuenta lo que la ley nos dice: “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables (...)”. A partir de esta formulación, la norma en cuestión señala como punto de partida la importancia de la ley, la cual debe ser primeramente aplicada, a la hora de pretender resolver un conflicto. Esto no hace más que reforzar la importancia de las normas jurídicas como fuente primaria del derecho. Clásica respuesta dentro de un sistema normativo que encuentra dentro del *Civil law* dada su orientación romanista. Pero no obstante ello, a renglón seguido el artículo determina que esta aplicación debe ser practicada conforme la Constitución y los tratados de derechos humanos, señalando, así, el carácter jerárquico que anima al sistema normativo, en el que se privilegia las reglas que tienen rango superior. Indicando que la ley debe ser aplicada: “conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma”.

Entendemos, que el legislador, no ha querido señalar solamente una cuestión de importancia, al nombrar primeramente a la ley y con posterioridad de los tratados de derechos humanos. Sino que ha querido destacar la importancia de la Constitución y de los derechos humanos por igual. Esta observación, nos permite considerar que el juez nunca cae al vacío. Por más que una cuestión no esté regulada por una ley, el ordenamiento jurídico es mucho más amplio a partir de la incorporación de las Convenciones internacionales de derechos humanos. Entonces el juez deberá utilizar aquellos fundamentos jurídicos que le aporta la totalidad del propio ordenamiento normativo. La última reforma del Código Civil

y Comercial tuvo como objetivo específico incorporar un conjunto de principios generales que resultan ser sustanciales a la hora de decidir.

Sobre todo, si tenemos en cuenta que el artículo 1 del Código Civil y Comercial introduce también la cuestión teleológica cuando dice que a efectos de su aplicación “se tendrá en cuenta la finalidad de la norma”. Cuando pensamos que el fin de la norma tiene que ver con los objetivos señalados en el texto normativo, no podemos dejar de tener en cuenta los principios jurídicos que ella misma establece. Son estos principios los que deben estar explicitados en la decisión judicial cuando se pretende construir una decisión razonablemente fundada.

Si intentamos centrarnos en algunos principios jurídicos que imperan en el derecho de familia, podremos descubrir que ellos tienen un rol fundamental cuando se pretende asegurar derechos. Tal puede ser su importancia que algunos de ellos pueden ser considerados de mayor peso en la decisión de los operadores jurídicos, por eso es que encuentran en la sentencia una forma discursiva, tal que forman parte del fundamento sobre los que se intenta construir una solución presumiblemente justa.

La mera aplicación de los principios jurídicos no determina necesariamente la resolución del caso, sino que solamente proporcionan razones que permiten la construcción de una decisión. Ellos permiten construir una argumentación razonable, aportando criterios decisivos. En estos términos, una decisión justa solo puede darse en la medida que el juez está seguro, que su decisión no infringe ningún derecho fundamental y se preocupa por optimizar la mayor cantidad de derechos. Si lo entendemos así, la sentencia es la forma más cabal en la cual la norma, como portadora de una valoración, porque comienza a ser comprendida no solo desde su aspecto lógico, sino también desde su aspecto axiológico, en tanto que se contextualiza la situación conflictiva. Es que las normas funcionan para el jurista como una herramienta que permite categorizar a las conductas, y así darles un sentido jurídico (Cueto Rúa, 1994, p. 126).

II. La constitucionalización del derecho privado

En la época contemporánea han surgido grandes cambios, que podemos sintetizar con el concepto de globalización. El derecho como un fenómeno cultural no deja de verse afectado por las transformaciones sociales.

La cultura puede ser definida como esa red simbólica, constituida por signos y símbolos, siempre sujetos a la temporalidad, que nos permite descubrir su variabilidad según la finalidad pretendida por la comunidad actuante. El derecho cambia conforme su permeabilidad da los cambios culturales, por eso se afirma que las normas traducen la vigencia de sendos sistemas de valores, que son,

precisamente, los que confieren significación axiológica concreta a los actos humanos (Smith, 1997, p. 1184).

La vida del hombre se despliega no solamente en un universo de cosas, sino también en un universo de signos, los que otorgan sentido a la propia existencia humana. El hombre se vuelve racional cuando accede al sentido compartido. La trama de la sociedad se construye sobre la base de lazos de palabras que vinculan a unos con otros. La construcción del *homo juridicus* implica una dimensión biológica y una dimensión simbólica del ser humano. El derecho reúne la infinitud de nuestro universo con la finitud de nuestra experiencia física y cumple así en nosotros una función antropológica de instauración de la razón (Supiot, 2007, p. 9).

Si entendemos que el conocimiento jurídico es conocimiento de una realidad creada voluntariamente por el hombre, vamos a observar una realidad compuesta por conductas que tienen relevancia jurídica. Cuando se afirma que las normas regulan el comportamiento, se entiende que ellas dan sentido a la convivencia social, porque concretan aspiraciones de la comunidad y establecen un orden de vida. En este sentido, podemos afirmar, junto con Juan Carlos Smith, que cuando conocemos al derecho “conocemos un objeto complejo constituido por la estructura ontológica norma-conducta: un objeto que es, a la vez, la regulación normativa de la conducta y la conducta humana regulada dentro de un contexto axiológico” (1997, p. 764). Si lo entendemos así, podremos afirmar que el derecho no es solo una cuestión de coerción o la fuerza, sino también una cuestión de corrección y justicia.

En este sentido no se puede dejar de tener en cuenta, la importancia que ha cobrado para la vida jurídica el proceso de la constitucionalización del derecho privado. Esto ha significado, la habilitación del control de convencionalidad y el control de constitucionalidad de las decisiones judiciales, para que ellas concuerden con los principios establecidos tanto por la Constitución Nacional como con el de las Convenciones de Derechos Humanos. En este sentido el derecho interno ha tenido una apertura inusitada a la normativa internacional.

La aplicación de las convenciones internacionales y, en consecuencia, de los derechos humanos, provoca que reconozcamos a toda persona un conjunto de derechos que obligan al Estado y al resto de la sociedad. Pero no podemos dejar que reconocer que también otorgan facultades para que estos derechos se tornen realmente efectivos.

Las normas convencionales cobran mayor importancia por la apertura del derecho interno a la incorporación de los derechos humanos; este proceso provocó la necesidad de fundamentar la sentencia judicial en la propia normativa internacional, lo cual trajo aparejado para la filosofía del derecho la necesidad de analizar

el problema de la argumentación jurídica como uno de los temas centrales de la reflexión filosófica. Esta cuestión tuvo sus inicios con la inclusión de la lógica deóntica, de la lógica dialéctica, la tópica y la retórica como parte del análisis de las normas. La construcción formal de los razonamientos jurídicos hace necesario que los fundamentos argumentativos del discurso jurídico, plasmados a lo largo del proceso judicial, cobren mayor interés.

III. La razonabilidad de la sentencia

Toda construcción argumentativa implica la utilización de razonamientos de distinta importancia. En todo discurso siempre existen argumentos que podemos llamar principales, de mayor peso argumentativo, y accesorios o secundarios, que se consideran de menor peso, en tanto que vienen a poner de resalto y reafirmar las ideas centrales. Pero la argumentación no puede pensarse independientemente del problema de la interpretación del derecho. Porque la actividad interpretativa implica necesariamente la comprensión de la norma, para entender cuál debe ser su aplicación. Esto lleva implícito el alejamiento de posiciones formalistas, que limitan la interpretación a los conceptos vertidos en el significado de las palabras de la norma.

La justicia, dentro del ámbito jurídico, puede ser comprendida como una exigencia básica de razonabilidad práctica, que tiende a la mejor posibilidad en un contexto social determinado (Massini Correas, 2001, p. 946). Desde esta perspectiva, la justicia implica tres elementos básicos que deben presentarse en la decisión judicial: a) Orientación hacia el otro, entendiéndose por ello el reconocimiento de los intereses que cada una de las partes pone en juego; b) Exigencia deóntica o deber, determinar las obligaciones o responsabilidades de cada una de las partes; c) La igualdad o proporcionalidad del débito de justicia, tender a lograr la máxima exigencia de justicia en una situación determinada, de tal forma que exista convencimiento que la decisión responde a la mayor exigencia de la razonabilidad práctica, lo cual entendemos que solo puede lograrse cuando se pretende hacer efectiva la aplicación de los derechos humanos (Finnis, 2000, p. 195).

Para Finnis, la razonabilidad tiene que ver con determinar a quién y bajo qué condiciones se debe formular la decisión. Para ello propone tener en cuenta: a) la *necesidad*, entendiéndose por tal, situaciones de urgencia, indigencia, prioridad, que deben ser atendidas para no generar un estado de mayor vulnerabilidad; b) la *función*, esto tiene que ver con el rol y responsabilidades que cada una de las partes en conflicto tienen; c) la *capacidad*, respecto a las oportunidades de progreso individual de quienes se encuentren involucrados; d) los *aportes*, que pueden derivar del sacrificio propio o del uso meritorio del esfuerzo y la habilidad que deba ser puesto en juego según cada caso.

Creo que es importante comprender que lo equitativo es considerado como una clase de lo justo, porque las circunstancias particulares de cada caso son infinitamente disímiles. No se puede dictar una ley para cada uno de los casos, por eso resulta razonable hacer uso del principio de equidad, que no es otra cosa que asegurar la igualdad entre las partes. Sin ir más lejos, Kant entiende que la equidad se basa en la máxima que dice: “el derecho muy estricto es una injusticia muy grande”. Este problema de la dureza del derecho no puede corregirse por medio del propio derecho, ya que el reclamo de equidad tiene fuerza en la conciencia del propio juzgador (Kant, 1962, p. 59).

IV. La tutela judicial efectiva

La tutela judicial efectiva tiene que ver con la preocupación por lograr la real aplicación de los derechos. Se relaciona con el paso de la teoría a la praxis; en definitiva, con esa concreción de los derechos, aquello de lo cual nos hablan las convenciones. Bien cabe recordar que el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos nos habla de las garantías judiciales, las cuales consisten en el derecho a ser oído, en tener una sentencia con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, el derecho de tener patrocinio público o privado que lo asista y prepare su defensa, el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, entre otros, mientras que el artículo 25 de la misma Convención nos habla de la protección judicial en la medida que asegura que toda persona debe tener derecho a un recurso sencillo y rápido a cualquier otro recurso efectivo, ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la Convención o la ley, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Este principio se relaciona con el derecho de acceso a la justicia, que implica una rápida acción de la justicia ante un reclamo, un pronto trámite, el dictado de una sentencia efectiva y la satisfacción sobre el servicio de justicia. Ahora, bien la tutela judicial diferenciada, con relación a las cuestiones de familia, exige reglas propias y flexibles. Sobre todo, por la urgencia de algunas cuestiones, como la problemática de la violencia familiar y de género.

Cuando se reflexiona en el acceso a la justicia, también se piensa en procurar una mayor agilidad de los procesos judiciales ordinarios, para que los tiempos no se extiendan y, se brinde una adecuada y pronta solución. Por ello, se requiere un proceso en el cual el juez desarrolle un rol activo, en el que las partes acerquen pruebas conducentes, en el marco de un procedimiento flexible. Es más, que se posibiliten las soluciones autocompuestas y que los espacios de diálogo

produzcan los acuerdos necesarios para lograr la continuidad de las obligaciones familiares. Siempre parciales, frecuentemente revisables, posibles y realizables.

Como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Anzualdo Castro *vs.* Perú”, de 22 de septiembre de 2009, el principio de tutela judicial también se relaciona con el derecho a ser oído y con algo mucho más pequeño como son los plazos razonables. Y los tiempos procesales no siempre son los tiempos de los justiciables, que requieren y demandan una intervención urgente.

V. Sobre la solidaridad y la responsabilidad

El Código Civil y Comercial enuncia un conjunto de principios que impactan de lleno en las distintas instituciones jurídicas, y en particular en el derecho de familia, ya sea para resignificar su comprensión o para entenderla desde un nuevo paradigma. Si tenemos en cuenta especialmente, lo sucedido en el derecho de familia, bien podemos afirmar que estos principios logran una significación muy importante, porque reconfiguran la interpretación normativa de aquellos institutos de mayor tradición jurídica, como es el caso del derecho sucesorio.

En este sentido, hablar de solidaridad familiar es referirse al vínculo que existe entre los distintos integrantes de la familia, a quienes se les reconoce suficiente autonomía, para no obligarlos a una convivencia matrimonial forzosa. La idea de solidaridad aparece ligada a la existencia de la cohesión de los integrantes de la familia. Supone un sentido de unida, que encuentra su fundamento en el vínculo afectivo que le dio origen. La solidaridad se enmarca en la búsqueda del desarrollo personal y grupal, en la finalidad común sobre la cual se construye un modelo de familia.

Este principio de solidaridad se encuentra presente tanto en las relaciones conyugales como en las relaciones parentales y de parentesco. En el derecho alimentario, para proteger al cónyuge, al conviviente o al pariente que se encuentre en estado de necesidad.

En base a esta solidaridad familiar, el Código establece la obligación alimentaria recíproca entre ascendientes, descendientes, colaterales hasta el segundo grado y entre parientes afines en primer grado (artículos 537 al 554), el derecho de alimentos para el cónyuge (artículo 432 y ss.); la asistencia en la tutela y en la curatela; el régimen de bienes primarios común a todos los regímenes matrimoniales (artículos 454 a 462); el régimen de bienes obligatorios de la unión convivencial (artículos 519 a 522 del CCiv. y Com.); la protección a la vivienda familiar (artículo 522 y artículo 456).

También podemos observar que la solidaridad se mantiene en el régimen patrimonial de la comunidad es una expresión de la solidaridad familiar, tendiente a la protección del patrimonio. Se le reconoce al cónyuge la mitad de la propiedad sobre los bienes que fueron adquiridos durante el matrimonio, por el carácter ganancial de los mismos, siendo que aquellos no fueron adquiridos directamente por uno de los cónyuges.

Por otro lado, todo régimen matrimonial que tenga origen convencional o legal tiene por objeto asegurar un sistema solidario que obligue a ambos cónyuges a satisfacer las necesidades del hogar y asegure a los acreedores que esas deudas serán solventadas con el patrimonio de los dos esposos. No obstante, se protege de igual modo la vivienda familiar y los bienes que la componen. Bien debemos hacer la salvedad que este sentido de la solidaridad también forma parte del régimen de bienes obligatorio de la unión convivencial (artículos 519 a 522 del CCiv. y Com.).

Esto significa que existen un conjunto de bienes muebles e inmuebles que son protegidos especialmente porque guardan relación con la función esencial de la convivencia familiar. La solidaridad familiar se ve reflejada en dos aspectos básicos: 1) la gestión compartida entre el cónyuge o conviviente (sin importar quien resulte ser el propietario del mismo); 2) Los bienes no pueden ser ejecutados por deudas posteriores a la celebración del matrimonio o inscripción de la unión convivencial. Solo si estas deudas, hubieran sido contraídas por los dos cónyuges o convivientes.

En materia sucesoria, el principio de la solidaridad se observa como protección al cónyuge supérstite a un derecho de habitación. En el caso del conviviente supérstite, donde no hay derechos sucesorios, la solidaridad se manifiesta en la atribución de la vivienda conyugal asiento del hogar conyugal por un máximo de dos años.

Este principio encuentra su fundamento en el ejercicio de la responsabilidad parental, que rige la relación paterno filial. Los padres son responsables por los cuidados que deben procurar a favor de sus hijos. En tal sentido, el interés de los niños supera ampliamente al interés de los adultos, que debe encontrarse subordinado al interés del niño. Por todo ello, la Convención de los Derechos del Niño habla de un interés superior. Bien cabe aclarar que este interés no responde a motivaciones subjetivas, sino a intenciones objetivas, como la tendencia al desarrollo armónico e integral de la personalidad.

Esto significa ni más ni menos que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Siendo los propios padres o, en su caso, a los representantes legales quienes deben asumir la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño.

La responsabilidad a la que nos referimos tiene un estricto fundamento normativo. Son aquellos derechos y facultades que se les otorga a los progenitores y que surgen de forma general de la Convenciones de Derechos Humanos y en particular de la Convención de Derecho del Niño, que tienen una clara finalidad de proteger, amparar y cuidar los intereses del niño, favoreciendo su desarrollo integral. Por lo tanto, el incumplimiento de las obligaciones, acarrea una falta de responsabilidad, de la cual los padres, llegado el caso, deben dar cuenta de sus actos.

VI. La importancia del principio de congruencia

Por más que el principio de congruencia es un principio procesal, nos interesa tratarlo para poder comprender en profundidad como el derecho los distintos principios jurídicos deben interactuar en la búsqueda de la mejor decisión jurídica, para lo cual resulta indispensable establecer un orden de prelación, considerando la superioridad jerárquica que algunos pueden tener para con los otros, porque pueden ser indispensable su aplicación en pos de una correcta resolución. Sobre cómo es esta integración, la trataremos más adelante; aquí solo intentaremos aproximarnos a este principio y entender su importancia.

El principio de congruencia se encuentra directamente relacionado con el derecho constitucional de defensa en juicio, porque es uno de los pilares fundamentales del estado de derecho, ya que garantiza la observancia de las formas sustanciales del juicio, relativas a la acusación, defensa y sentencia. Se encuentra directamente relacionado con el principio constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio. En materia procesal, este principio juega un rol importante ya que implica la correlación entre el objeto de la pretensión, los hechos alegados y la sentencia que se dicte. Simplemente nos impone la exigencia de resguardar la identidad entre lo resultado y el objeto, a fin de establecer una conformidad entre ellos.

Los jueces de familia deben tener en cuenta los principios establecidos en el artículo 706 del CCiv. y Com. Esto implica considerar que la carga procesal o los plazos de producción de la prueba no provocan el decaimiento del derecho sustancial, en tanto que al juez se le asigna un rol especial, en tanto que debe procurar facilitar el acceso a la justicia de las personas vulnerables y resguardar el interés superior del niño, niña o adolescente. Esto obliga al juez a establecer restricciones o limitaciones a ciertas formalidades del proceso y a su bilateralidad, morigerando el efecto del principio de congruencia y de carga de la prueba.

Si pensamos en las medidas cautelares, en los procesos de familia o incluso en los procesos de violencia familiar, como una forma de asegurar la tutela judicial efectiva, vamos a observar que el principio de congruencia queda superado, en tanto que el juez se encuentra en condiciones de otorgarla cuando la verosimilitud

del derecho y el peligro en la demora. La naturaleza de la petición y la urgencia obedece la valoración de los hechos. Esto implica adoptar las medidas conducentes de carácter preventivo, para evitar situaciones que pusieran en riesgo o peligro, los intereses jurídicos de la familia. Estos pueden ser clasificados, en al menos, tres categorías: el interés familiar, el interés superior del niño o el interés de aquel integrante del grupo familiar que se encontrara en una situación de vulnerabilidad.

Esta correlación se refiere al hecho procesal constituido por el objeto que motiva la petición y el derecho alegado, por eso debe existir una identidad entre los elementos de hecho objetivos y subjetivos, fijándose un límite del pronunciamiento del tribunal y, en caso de excederlo, se posibilita que alguna de las partes pueda solicitar la correspondiente declaración de nulidad de la sentencia en cualquier instancia y grado del proceso.

Bien cabe remarcar que este es un principio dispositivo, que tiende a la preservación del derecho constitucional de igualdad y al debido proceso. En ese sentido, las modificaciones a este criterio son las que provienen de la doctrina y de la jurisprudencia. La flexibilización solo es constitucionalmente válida si ocurren en el marco de pretensiones basadas en derechos indisponibles.

Se puede considerar que dicha flexibilización en materia de derechos patrimoniales clásicos importaría una injustificada violación al derecho de igualdad, lo que trasunta en su invalidez a la luz del orden constitucional. Este deber de congruencia es un necesario reflejo del principio dispositivo, que supone la funcional conformidad de la sentencia con la pretensión y la defensa, ante cuya inobservancia el juez violentaría la garantía del debido proceso legal y su resolución sería descalificable por arbitrariedad. Este deber supone que el juez no puede admitir como objeto de la prueba, ni como fundamento de la decisión, hechos principales que no fueron articulados por las partes en sus escritos constitutivos y sus contestaciones. Por lo tanto, habría que tener en cuenta que el juez no puede otorgar un objeto o bien distinto, o según el caso otorgar menos o más de aquello que fuera pedido. Se requiere tener en cuenta que el principio de congruencia se sustenta en el valor de la "eficacia" del proceso impidiendo suprimir las garantías del debido proceso, ni sustituir a las partes por los jueces. El principio de congruencia es uno de los más importantes en aras de limitar y evitar excesos de los magistrados.

La congruencia de la sentencia alude al marco fáctico que configura la causa, salvo específicas excepciones la porque su flexibilidad puede afectar la garantía de defensa en juicio. Si bien los jueces no están vinculados por la calificación jurídica de las partes, en virtud del principio *iura novit curia*, pudiendo enmendar o reemplazar el derecho mal invocado no está facultado para alterar las bases fácticas del proceso y la causa de la pretensión.

VII. Una posible argumentación sobre los principios jurídicos

La idea de considerar la concreta aplicación de los principios jurídicos es fundamental para poder apreciar cómo es su posible aplicación y su efectiva ponderación; nos llevó a buscar alguna sentencia que nos permitiera visualizar la articulación de estos principios. Todo ello, en razón de brindar una justificación razonada de la decisión jurisdiccional, en la cual los principios pueden presentarse de modo contradictorio, lo cual nos enfrenta necesariamente al conflicto de tener que optar entre ellos en función de la valoración que le asignamos a cada uno de ellos.

Comentaremos a modo de ejemplo la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, de Mar del Plata, en los autos “M. P. A. C/ N. M. E. S/ EXCLUSIÓN DEL HOGAR (artículo 237 BIS DEL CPCC)”, que resolvió el conflicto planteado en razón de la decisión de la jueza de primera instancia, que había resuelto excluir del inmueble a la Sra. M. N., y ordenando el inmediato ingreso del accionante en su carácter de único titular de dominio del mismo. Imponiendo una contribución pecuniaria para la vivienda, a favor de la Sra. M. N., pagaderos por un plazo de un año a partir del retiro de la demandada del inmueble.

Frente al recurso de apelación, la Cámara comenzó indicando que su decisión encontraba un encuadre legal, lo cual no es ni más ni menos que la tópica legal desde la cual se ha pretendido fundar la resolución. Este consiste en la aplicación del control de constitucionalidad-convencional, en la medida que este debe ser realizado por los jueces de las normas del derecho interno, el cual se puede llevar a cabo teniendo en cuenta la Convención Americana de los Derechos Humanos y la interpretación que de ella ha efectuado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ello porque así lo ha establecido el Código Civil y Comercial en los artículos 1, 2 y 3. Pero también se analiza el caso desde la perspectiva de género que exige la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (SCBA) en su acordada 3964, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW); Convención de Belém do Pará (ley 24.632); ley 26171 de Protocolo Facultativo de la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

A partir de allí pasa a considerar el segundo aspecto tópico, que tiene que ver con la problemática que se ha suscitado en cuanto a la aplicación del principio de congruencia, el cual se sostiene que no debe ser entendido bajo un esquema rígido de conceptos o postulados, con límites infranqueables, que impidan su necesaria flexibilidad y adaptación cuando requiera compatibilizar en una armonización funcional frente a valores superiores, porque ante determinadas situaciones excepcionales debe ceder ante la influencia de otros principios que resultan más valiosos para la resolución del caso.

En este sentido, el fallo sostiene que el principio de congruencia, en su aplicación en cuestiones enmarcadas dentro del derecho de familia, debe flexibilizarse para asegurar la “tutela efectiva”, como condición del debido proceso adjetivo (cfr. artículos 8 y 25 de la CADH, artículo 6 del Tratado Europeo de Derechos Humanos; artículo 706 del CCiv. y Com.).

El argumento que sostiene esta afirmación del tribunal se centra en entender que se debe interpretar la norma procesal, porque hay que favorecer la operatividad efectiva del derecho sustancial, en especial cuando la naturaleza de los derechos en juego así lo reclaman. En este sentido, podemos reconocer que el fallo en cuestión no hace más que reconocer la jerarquía normativa de una norma general de carácter nacional (derecho sustantivo) por sobre el derecho adjetivo, como lo es la norma procesal de carácter provincial. Recordemos que el principio que subyace en este razonamiento jurídico reza diciendo que norma de grada superior derogará norma de grada inferior. Principio lógico jurídico que permite eliminar todo tipo de contradicción normativa dentro del propio ordenamiento.

El artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos le sirve al tribunal, para realizar indicar que ciertas garantías pueden aplicarse análogamente, a los procesos penales, como a los procesos de familia indistintamente. En tanto que dichas garantías son aplicables a todo tipo de proceso (civil, laboral, fiscal, etc.), como así lo dice el inciso primero. Entre estas, que son aplicables al derecho de familia, encontramos: el derecho de ser oído, la conclusión del proceso en un plazo razonable y la intervención de un juez imparcial, a la hora de establecer el alcance de los derechos y obligaciones.

No obstante, otro de los fundamentos normativos el fallo lo encuentra en el artículo 706 del Código Civil y Comercial, en el cual se establecen aquellos principios procesales que orientan y direccionan la actividad jurisdiccional. Lo interesante es que estas directivas procesales fueron formuladas para lograr una satisfacción plena de los derechos. Los nuevos paradigmas convencionales obligan a favorecer el bienestar familiar y asegurar el interés superior del niño a fin de garantizar sus derechos. Esta finalidad se puede lograr cuando se garantiza el principio de inmediatez. El juez tiene en sus manos la responsabilidad de obtener el conocimiento directo de quienes intervengan en el conflicto, su historia personal, su situación particular, y todo otro dato que le permita configurar la toma de medidas estratégicas de contención. El protagonismo judicial se exterioriza no solo en la escucha directa del niño, con el debido respeto a sus “tiempos”, sino además en la conducción directa del caso. Un signo eficiente de la contención debe estar reflejado en el trabajo interdisciplinario, que en el derecho de familia no es una novedad sino una necesidad, para lograr una comprensión necesaria de las relaciones familiares desde una perspectiva integral que permita intervenir con

equilibrio y apuntalar lo que sea estrictamente necesario, intervención que debe estar conducido y orientado por quién deberá tomar la decisión final.

La tutela judicial efectiva tiene que ver con la preocupación por lograr la real aplicación de los derechos. Se relaciona con el paso de la teoría a la praxis. En definitiva, con esa concreción de los derechos, aquello de lo cual nos hablan las convenciones (artículos 8 y 25 Convención Americana de Derechos Humanos). Este principio se relaciona con el derecho de acceso a la justicia, que implica una rápida acción de la justicia ante un reclamo, un pronto trámite, el dictado de una sentencia efectiva, y la satisfacción sobre el servicio de justicia.

Ahora bien, la tutela judicial diferenciada, con relación a las cuestiones de familia, exige reglas propias y flexibles, en especial por la urgencia de algunas cuestiones, como la problemática de la violencia familiar y de género.

No obstante, en aquellos procesos de familia, en los cuales sea factible la apertura de una etapa previa, este principio, promueve una participación activa del órgano jurisdiccional, favoreciendo que el juez desarrolle un rol activo, y que las partes acerquen pruebas conducentes, en el marco de un procedimiento flexible que, posibilite las soluciones autocompuestas y que los espacios de diálogo produzcan los acuerdos necesarios para lograr la continuidad de las obligaciones familiares. Sabiendo que las soluciones a las que se puedan arribar en los temas de familia, siempre parciales y frecuentemente revisables, debido a las características de la propia dinámica de la vida familiar. Pero si se pretende, que la resolución judicial sea adecuada a las circunstancias del caso, debe ser consensuada y de posible realización.

Estos argumentos normativos vienen a sostener una aplicación del principio de tutela efectiva, que debe hacerse operativa, por sobre lo que establezca la normativa procesal. Por lo tanto, el principio de congruencia que forma parte de los principios procesales debe ceder, en tanto que no resulta un principio absoluto. No obstante, el tribunal relaciona el principio de tutela, en relación con los derechos a los distintos instrumentos internacionales que receptan el derecho a la vivienda digna y el interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Dándole a este principio un contenido específico en pos de asegurar determinados derechos.

El tribunal reconoce en el derecho a la vivienda, un derecho humano que se encuentra incluido en los llamados derechos “económicos, sociales y culturales,” que además se encuentra incluido en el artículo 14 bis de la Constitución. Bien vale recordar que este artículo establece que el Estado otorgará la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna. Este argumento normativo cobra mayor peso no solo

porque es un derecho humano, sino porque además es un derecho constitucional específico y por lo tanto con peso propio.

El fallo recurre al argumento de autoridad al citar el voto de Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en el caso “Yarce y Otras *vs.* Colombia”, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016). Allí expresó que “(...) no concibo un Sistema Interamericano sin derecho a la vivienda. Y tampoco un tribunal de derechos humanos que no advierta el contexto en el cual se producen las violaciones a los derechos humanos, siendo los derechos sociales un componente sustancial en las democracias constitucionales y un imperativo para lograr la paz y la justicia social en los países de la región (...)”. A renglón seguido, cita a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, pasando a considerar un argumento jurisprudencial tomando lo dicho por este alto tribunal en el fallo Acordada 70.717 S del 14/06/2010. En él se afirma, en su parte medular, que el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos. Así, pues, la dignidad inherente a la persona humana exige que el término “vivienda” se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones.

Bien podríamos decir entonces que hasta aquí el tribunal tiene fundado el derecho a la vivienda como un derecho humano y como tal es digno de la tutela judicial efectiva y, por lo tanto, los derechos humanos tienen un mayor peso que el derecho adjetivo.

El tribunal considera que el principio de la solidaridad familiar debe ser interpretado y aplicado teniendo en cuenta la propia dinámica familiar. En este caso, según quien tenga el cuidado cotidiano de los niños, más halla que el cuidado personal sea acuerde de forma compartida. El fallo establece que la solidaridad familiar es un principio constitucional; si bien no aclara en qué sentido lo es, porque, si bien esta receptado en el derecho convencional de jerarquía constitucional y en la legislación interna, no podríamos decir que en sí mismo esté reconocido por la Constitución Nacional. Pero lo importante es que reconoce en el principio de igualdad, el fundamento de la solidaridad, en tanto que considera que se es solidario cuando se procura la igualación de recursos materiales o espirituales entre las partes integrantes de la familia (en el caso en cuestión era el hombre quien tenía mejores posibilidades económicas).

Lo interesante del fallo es que no solo establece una interacción entre los distintos principios del ordenamiento jurídico que le sirve de fundamento para sentar la tónica sobre la que se basa la sentencia, y es que los derechos convencionales deben ser tutelados porque ellos tienen un peso específico sobre las normas generales. Es así que hace jugar el interés superior de los niños, para reconocer que dentro de este interés se encuentra el de tener una vivienda digna. Para mostrar esto el fallo recurre a las fuentes doctrinales, citando a los más reconocidos

juristas como Marcos Córdoba, Graciela Medina, Kemelmajer de Carlucci, entre otros. Pero también tiene en cuenta la fuente jurisprudencial, tomando como precedente la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Yarce y otras *vs.* Colombia” como un argumento jurisprudencial, pero ahora para realizar la distinción ente el derecho a la vivienda y el derecho de propiedad: “(...) puede haber múltiples afectaciones al derecho de propiedad que en nada se relacionen con la propiedad. Inversamente, puede haber afectaciones a la vivienda que no se relacionen con la propiedad. De ahí que la noción de “vivienda” y el derecho a tal bien son independientes *del* de propiedad, y pueden presentarse incluso en ausencia de todo vínculo patrimonial (...)”.

Esto implica no solo una limitación al derecho de propiedad, sino una visión completamente diferente de este derecho, que, lejos de considerarse como absoluto, puede ser relativizado, teniendo en cuenta otros derechos de mayor peso que se imponen fuertemente dentro del propio ordenamiento jurídico, como es el caso de los derechos humanos. Sin perjuicio de ello, se introduce uno de los principios más importantes del derecho de familia, que fue incorporado por la última reforma del Código Civil y Comercial, como es el de la solidaridad familiar. Como tal, este derecho obliga al juzgador a tener en cuenta a todos los integrantes de la familia obligando a reconocer sus responsabilidades y necesidades.

Con base en estos argumentos la Cámara ratifica el fallo de primera instancia, atribuyendo el hogar a la progenitora que ejerce el cuidado personal y no como pretendía el recurrente de excluir del hogar a la progenitora con bajos recursos económicos. Por más que se propusiera alquilar una vivienda digna para ella y sus hijos, aplicando de esta forma el principio de congruencia solicitado por el recurrente, entendiéndose que el propietario debe gozar de su derecho de propiedad sobre el inmueble porque tiene plenamente reconocido su derecho de dominio.

VIII. Conclusión

Los principios jurídicos tienen una aplicación concreta, en tanto que sirven para dar un fundamento específico al discurso jurídico que se vuelca en una demanda o en una sentencia. Ellos sirven como criterio de aplicación las normas jurídicas al establecer en alguna medida su alcance, en tanto que la extensión y el modo de aplicación de ellas depende del rol que le asignemos al principio. De tal forma que, si el principio tiene un papel preponderante en el discurso, en función de la valoración que le asignemos a la situación concreta que se transforma en el problema que debe ser resuelto en relación con la normativa vigente.

Cuando existe un conflicto entre la tutela judicial efectiva y el principio de congruencia, la preferencia vuelve a enmarcarse en la necesidad de recurrir a una

exposición razonada. Esto no es ni más ni menos que la construcción de una justificación racional que pueda brindar una argumentación sólida que permita la validación de la decisión.

Es posible que la tutela judicial efectiva prime sobre el principio de congruencia, que tiene como fundamento el derecho constitucional de la igualdad de las partes y del debido proceso. Pues bien, la tutela judicial efectiva, en el caso planteado, tiene como contrapartida el resguardo del principio de la solidaridad familiar y la protección de los derechos reconocido por la Convención Internacional de Derechos Humanos, como lo es el derecho a la vivienda familiar, máxime si estas situaciones son concomitantes con situaciones de violencia familiar, en las cuales el agresor pretende desentenderse de sus obligaciones, o que medie violencia de género, pretendiendo de este modo someter económicamente a la contraparte.

Más aún, la tutela judicial efectiva tiene un peso preponderante si lo que se pretende resguardar es el derecho de la mujer y de los demás miembros de la familia, debe ser pensado desde una perspectiva de género, lo cual necesariamente implica una preferencia *a priori* en la defensa de los derechos de la mujer que, en una situación específica, se encuentre en un estado de vulnerabilidad. Lo cual implica un posicionamiento previo, que implica salvaguardar los derechos de la mujer, pero a su vez valorar el conflicto, a fin de identificar las circunstancias concretas que provocan la vulneración de derechos.

IX. Bibliografía

Código Civil y Comercial de la Nación Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion>. 21/02/2021

Constitución Nacional. Recuperado de <https://bibliotecadigital.csjn.gov.ar/Constitucion-de-la-Nacion-Argentina-Publicacion-del-Bicent.pdf>. 3/02/2021

Cueto Rúa, J. (1994). *Fuentes del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Finnis, J. (2000). *Ley Natural y Derechos Naturales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Kant, I. (1962). *Principios Metafísicos del Derecho*. Puebla: Cajica.

Massini Correas, C. (2001). El derecho y la justicia. *El Derecho*, V. 190, año 2001. Buenos Aires.

Smith, J. C. (1996). El conocimiento jurídico. *El Derecho*, 1996, Tº 67 (p. 1184). Buenos Aires.

Supiot, A. (2007). *Homo juridicus: ensayo sobre la función antropológica del derecho*, Trad. Silvio Matón. Buenos Aires: Siglo XXI.

Jurisprudencia

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala Tercera, “M. P. A. C/ N. M. E. S/ EXCLUSIÓN DEL HOGAR (ART. 237 BIS DEL CPCC)” y “N. M. E. C/M. P. A. S/ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR”, Exptes. Nº 169988 y 170693. Recuperado de [http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=46932&n=Ver%20sentencia%20\(causa%20N%BA%20170.693\).pdf](http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=46932&n=Ver%20sentencia%20(causa%20N%BA%20170.693).pdf) [Fecha de consulta: 06/03/2021].

Corte interamericana de derechos humanos, “Caso Yarce y otras vs. Colombia”, sentencia de 22 de noviembre de 2016 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_325_esp.pdf [Fecha de consulta: 21/02/2021].

Fecha de recepción: 30-03-2021

Fecha de aceptación: 15-09-2021

