

# Tribunales de familia

ADOLFO GELSI BIDART\*

## Sumario:

- I.- Especialización
- II.- Integración
- III.- Conclusión

### I.- Especialización

#### 1. Planteamiento sobre especialización

a) El problema de optar entre la especialización o la 'omni (o al menos, plural)-competencia' parece muy simple, pero en rigor es difícil de resolver en teoría y no menos en la práctica,

b) La especialización, teóricamente, asegura el mejor conocimiento del Derecho aplicable y, por ende, asegura mayor rapidez en la emisión del fallo.

En sentido inverso, se suele señalar la tendencia al anquilosamiento, producto de la rutina, con la consiguiente reducción del impulso renovador del ordenamiento y la tendencia a la 'sectorialización' del sistema jurídico, en mengua de su unidad y, por tanto, de la aplicación de los principales generales del Derecho (Tit. Prel. del Código Civil, art. 16); con lo cual el enriquecimiento del propio sector aplicado, se detiene igualmente, al cortarse o al menos atenuarse las relaciones con los otros sectores jurídicos.

c) Desde el punto de vista de la realidad jurídica ('principio del realismo jurídico procesal'), no puede olvidarse que el Tribunal es efectivamente especializado en la medida en que lo es su Agente. Para que esta especialización se logre (en alguna medida) sería necesario que la carrera judicial se efectuara en la misma línea de tribunales.

\* Catedrático de Derecho Procesal. Montevideo (R. O. del Uruguay).

como ocurre, en parte, en la materia penal o, al menos, que cada juez permaneciera por un período relativamente dilatado (v. gr. 4 ó 5 años) en la misma sede; situaciones que no suelen darse corrientemente.

Por otro lado, son variadas las especializaciones que se reclaman: agrario, trabajo, comercial, civil, familia, hacienda, administrativo, etc. Esto hace que la especialización continuada o permanente, sea más difícil de lograr; teniendo en cuenta, particularmente, los problemas presupuestales que se confrontan en todas partes (1).

## 2. Criterios de opción

Estas dificultades teórico-prácticas señalan al legislador la necesidad de optar entre las varias especializaciones reclamadas y posibles.

La salvaguardia de la unidad del ordenamiento jurídico en el caso concreto puede y debe asegurarse a través de los recursos extraordinarios de ilegalidad que deberían establecerse para todos los sectores del Derecho, ante el Tribunal Supremo; éste podrá o no estar especializado en Salas, pero cabrá también el pronunciamiento del Pleno del Tribunal, en las situaciones legalmente indicadas (2).

Seguramente que los criterios a tomar en cuenta para esta opción, habrán de ser: a) el volumen de causas que se promuevan habitualmente;

b) la significación comparativa del tema a dilucidar;

c) las dificultades que comporta, sea en orden estrictamente jurídico, sea por los problemas 'de hecho' a tomar en cuenta, a interpretar y valorar, para poder decidir.

## 3. El número de las causas

No es difícil aventurar la opinión (corroborada por una rápida encuesta efectuada en 1974 en Montevideo, antes de la presentación del Proyecto de Código de Procedimiento) de que una parte muy importante, tal vez no menos de la mitad (ésta era la proporción en la citada encuesta) corresponden a la materia de estado civil, familia, menores, etc.

## 4. Significación del tema

a) Resulta innecesario, en todo país, enfatizar la importancia del tema familiar. Baste recordar que es la base social, el modo 'más hu-

1. Para una discusión sobre **especialización u omncompetencia**, v. Gelsi "Enfoque procesal de la familia", nro. 15 (en que se señalan las legítimas vacilaciones de orden práctico, especialmente, que aquí se plantean). Pero por el volumen de los asuntos, la significación jurídica de la familia y sus peculiares dificultades (ibid. no. 17-3) y (4-7), nos hemos inclinado definitivamente por la especialización en materia de familia, en los Proyectos de Ley en que hemos intervenido (infra III).

2. El tema de la **unidad del orden jurídico**, mejor se mantiene a través del recurso extraordinario por ilegalidad ante el Supremo Tribunal; en tal sentido nos pronunciamos en Gelsi: "Diversidad en la jurisprudencia y principio de igualdad" (separata de "Revista de Estudios Procesales" marzo 1973).

mano' de mantener y acrecentar la población y el medio educativo primario, fundamental y continuativo.

b) Por otro lado, se trata del medio en que la vida humana surge y se desarrolla de la manera más adecuada, naturalmente, para la misma. Es 'el lugar de la persona', la comunidad más eminentemente personal (donde cada persona cuenta como es) y 'personalizante' (que permite y promueve el desarrollo personal), de todos los que frecuenta y vive cada hombre.

c) Sea, pues, que se encare el problema desde el punto de vista de la sociedad, que suele ser el enfoque del Derecho o bien que se ponga el acento en lo existencial, la existencia humana y su primordial y mejor asiento, que será el punto de vista de la Filosofía del Derecho, cuyo estudio cada vez más debería inspirar a los juristas, —se llega a igual conclusión—.

La familia debe merecer, pues, un tratamiento preferencial, especializado, peculiar, propio, de parte de los organismos públicos; aquí concretamente, de los Tribunales.

### 5. Competencia exclusiva

Pensamos que las incompetencias absolutas deben restringirse al máximo y exclusivamente —si no hay más remedio— a la incompetencia 'rationae materiae' y que, por ende, aún las actuaciones ante Tribunal incompetente deberían salvarse de la absoluta invalidez, por razones de economía y por razones de unidad de la función jurisdiccional.

De todos modos, en el caso de la competencia 'rationae materiae' desde luego que debe propiciarse la efectividad de la misma, admitiendo que en cualquier estado del procedimiento cualquiera de las partes y el juez, pueda ponerlo de manifiesto e igualmente que la parte pueda solicitar al juez competente que reclame competencia.

### 6. Amplitud de la competencia

Debe propugnarse una amplísima competencia en materia de familia e incluso establecer la prioridad para estos tribunales, en caso de duda, es decir, cuando se involucren problemas que, de no referirse a la familia, corresponderían, a otro sector de tribunales (los tribunales civiles).

Por ende, todos los problemas de estado civil; de familia a constituir, constituida y en disolución; de todos los miembros de la familia en cuanto tales; tanto personales como económicos (pensiones; separación de bienes; su liquidación; sucesiones testadas e intestadas; particiones derivadas del modo herencial; etc.); deben ser materia de su competencia.

Reiteramos nuestro punto de vista de que incluso los problemas de la minoridad abandonada han de incluirse aquí; donde sea factible la especialización, se podrán crear tribunales de menores que con exclusividad se ocupen de los casos de 'delincuencia' material de meno-

res. Estos serán una especialización de la justicia Penal, de igual modo que los tribunales de familia, lo serán de la justicia civil (3).

### 7. Peculiaridad y dificultades

a) Es lógico pensar que cada tema fáctico presenta al juez —el 'homo juridicus' por antonomasia, al menos programáticamente y para la realización concreta del Derecho no aplicado espontáneamente— dificultades de conocimiento que debe superar por la experiencia directa, el estudio y con el asesoramiento de expertos.

b) En el caso de los problemas familiares el juez tiene la experiencia vivida (la única experiencia 'stricto sensu'?) de su propia familia, lo cual, en alguna medida, condiciona y dificulta su posición imparcial de principio.

c) En este plano fáctico, no-jurídico 'stricto sensu', es donde se requerirán mayores conocimientos y mejores aptitudes (y técnicas) para su tratamiento. Debe señalarse así, en 2º lugar, la exigencia de 'personalización' que si es un imperativo de todo proceso, en el caso de la familia es indispensable por la naturaleza de ésta (supra Nº 4), lo cual reclama especial atención, dedicación y aptitudes para lograrlo: si la 'personalización' no se logra íntegramente, se fracasa en la solución de tales cuestiones y en la realización de la justicia en el caso concreto.

d) En tercer término, cuando se trata de cuestiones familiares suele surgir la posible (aparente o real) colisión entre el 'interés familiar' y el interés de cada miembro de la familia.

La dificultad radica en efectuar una adecuada jerarquización: la familia —como toda comunidad, pero aún más por lo que se dijo acerca de ser la comunidad personalización por antonomasia— está al servicio de las personas que la constituyen. No se trata de crear un interés

3. El Proyecto de Código de Procedimiento 1972.74 y el Proyecto de Código del Menor, realizan una enunciación de principales cuestiones a ser tratadas por los tribunales de familia y añade el 2º "y todo otro asunto que afecte a la persona del menor o al derecho de familia".

La enunciación del Proyecto de 1972 es la siguiente: "Entenderán en todos los asuntos relacionados con la familia y el estado civil, entre otros, divorcio, disolución y liquidación de la sociedad conyugal, investigación de la paternidad, separación de cuerpos, nulidad de matrimonios, pérdida, suspensión y limitación de la patria potestad, tutela, habilitación y emancipación, incapacidad, curatelas de todo tipo, irracional disenso, venlas, inscripciones tardías, rectificación y anulación de partidas, cambios de nombre, guarda y tenencia de menores, visitas, fijación de pensiones alimenticias, aumento, reducción y exoneración de las mismas, adopción, legitimación adoptiva".

Preferimos una fórmula genérica a la que se agregue una regla de preferencia en una eventual contienda de competencia.

familiar, abstracto, que se oponga al interés de sus integrantes, sino de señalar cómo estos se armonizan y conjugan en el ámbito de la familia que está para servir a todos, de manera jerarquizada.

Por ende, surgirán momentos en que resulta necesario subordinar o, al menos condicionar la satisfacción de unos a la de otros. Un ejemplo bien característico lo constituye la reciente Ley uruguaya sobre divorcio (nuevas causales) que establece como cuestión de previa solución (extra-judicial o judicial) la situación de los hijos del matrimonio, antes de que proceda la citación para sentencia en el juicio de divorcio de los cónyuges-padres: se subordina la satisfacción del interés del (o de los) que pide(n) el divorcio, a la previa satisfacción del interés de los hijos menores o incapaces, según una lógica jerarquización reclamada por todas las normas jurídicas y morales.

e) Todo lo cual refuerza el enfoque de especialización de Tribunales para esta materia: el número de asuntos, la significación de la materia y la complejidad más fáctica que jurídica de la misma, así lo aconsejan.

## II.- Integración

### 8. El problema de la integración

a) La justicia, especializada o no, ha de ejercerse por Tribunales unipersonales o colegiados?

La solución en uno u otro sentido depende, en los hechos, de una tradición consolidada en muchos países pero que la ciencia puede cambiar, si lo entiende pertinente, como ha ocurrido en Córdoba, con la materia penal.

b) Se añade a aquella tradición, las dificultades presupuestales que curiosamente siempre se aducen cuando se trata de renovar la justicia y no tanto cuando se procuran modificaciones administrativas. Una dificultad fácil de superar, por lo demás, si se va a la solución de 'más jueces y menos funcionarios' que propugna y obtiene el sistema de la oralidad.

c) El problema se conecta, además, con el de la instancia única o doble. Generalmente se propugna, en la segunda solución, la unipersonalidad en la primera, en un intento de acelerar los trámites y reservando la garantía de la pluralidad de jueces para la segunda concretando su objeto a la revisión del fallo del 'a quo'.

Como puede verse, convergen, aquí también, el problema de la lentitud de la justicia y el de la garantía, mayor, que da la intervención

de una pluralidad de jueces y que resulta indispensable, de tratarse de única instancia (4) (5).

### 9. El problema de la integración en materia de familia

a) Con todas las reservas que un tema tan opinable merece, —nos inclinamos por la solución del juez unipersonal para la primera instancia, por las peculiaridades del tema—.

Se trata de una materia tan polémica, tan 'pasional', tan variada (individualizada), tan requerida de soluciones provisionales y que tengan inmediata aplicación.

b) Una materia que reclama, como todas, pero tal vez más que ninguna, una directa comunicación del juez con las partes y los elementos auxiliares (inmediación **sin** delegación, salvo en algunos casos muy precisamente determinados), que mejor se compadece con la intervención de **un** solo juez que con la presencia del Colegio.

Pensamos, por otra parte, que **no** es conveniente, ni adecuado al principio de intermediación, la figura del juez Relator o Delegado dentro del Colegio para instruir la causa y adoptar las medidas cautelares, porque en tal caso se rompe la unidad del tribunal en el desenvolvimiento de la causa; se separa al juez de Instrucción del juez de fallo, olvidando que éste debe surgir del desarrollo del proceso y que, por ende, el Tribunal en pleno debe actuar en todo su transcurso.

c) Cabría igualmente una solución, para el caso de darse competencia exclusiva a Tribunales Colegiados en materia de familia y de menores, que es la que el Código Civil de Uruguay (art. 110) adopta en el llamado juicio de irracional disenso, cuando los padres niegan autorización para el matrimonio y el menor la reclama de la justicia.

La 1a. instancia se tramita ante el Presidente del Tribunal y la 2a. ante el Tribunal en pleno.

4. Sobre Tribunal unipersonal o colegiado, v. Gelsi "Tribunal Colegiado e instancia única en el Derecho Uruguayo" cap. 10 de "Cuestiones de la Organización Procesal" ps. 223-29; en la solución de este problema interviene especialmente la tradición que en nuestro país se inclina por la integración unipersonal en 1ª instancia y, en 2ª, por la integración colegiada. En los casos de asuntos de instancia única (contencioso-administrativo de anulación; asuntos de competencia privativa de la Corte de Justicia), con la excepción de algunos asuntos que se dilucidan en única instancia ante los Juzgados de Paz, establecidos por el monto económico mínimo de los mismos (punto de vista que no nos parece jurídicamente adecuado), se mantiene la integración colegiada.
5. Sobre la dificultad y **opinabilidad del tema** y la influencia que en su solución tiene la tradición, las dificultades presupuestales e incluso inclinaciones de difícil determinación, v. Gelsi Vescovi "Bases uniformes para la reforma de la legislación procesal civil de los países latinoamericanos". Montevideo 1974. Base 10ª y Fundamentos, ps. 43 y 44; N. Alcalá Zamora y Castillo "25 años de evolución del Derecho Procesal —1940-65"—; también las opiniones de Becerra y de Piña, citadas en nota (35) p. 44 de "Bases ...". cit.

De esta manera se tiene la agilidad y unidad de criterio que se reclama para tales problemas, y la garantía de la doble instancia para las sentencias definitivas e interlocutorias con fuerza de definitivas.

Por otra parte, se unifican criterios y se alivia el trabajo, al rotar la Presidencia del Tribunal anualmente entre los jueces y éstos permanecen un tiempo prudencial en la misma materia. Naturalmente que se tendría la anomalía del juez de 1a. integrando el Tribunal de 2a., solución menos grave por la peculiaridad de la materia y si se establece la mayoría simple para resolver (6) (7).

#### 10. Tribunales de familia y de menores, únicos o separados

El problema no es, tampoco, de fácil solución como todos los temas básicamente de experiencia, de práctica, en los que no están fundamentalmente involucrados principios definidos de la ciencia procesal.

a) En el Uruguay, a partir del Código del Niño (1934) se estableció una división desde el punto de vista de la persona principal involucrada: un 'estatuto-procesal-personal'. Los Juzgados de Menores tienen competencia (art. 113) en materia de:

1. menores 'materialmente' delincuentes;
2. menores abandonados material o espiritualmente por sus padres o que carecen de éstos;
3. menores 'hijos de familia', con todos los problemas relativos a: determinar la paternidad o maternidad y demás acciones relativas al estado civil; patria potestad; tutela, guarda o tenencia; pensiones; etc.

b) El resto de la materia 'de familia', (incluyendo el estado civil definitivo y a todos los efectos civiles, también sucesorios) quedó en los Juzgados 2dos de 1a. Instancia en lo Civil.

La consecuencia de esta distribución de competencias entre dos Juzgados diversos, es que el tema familiar que es único, por cuanto las situaciones de sus integrantes se encuentran íntimamente ligadas entre sí, se fragmenta y se disgrega, contemporáneamente y no existe conducción y decisión única al respecto. Resulta obvio señalar que cada cónyuge lo es respecto del otro, que ambos son padres, en refe-

6. En cuanto a la solución del juicio 'de irracional disenso', v. Couture, "Curso sobre el Código de Organización de los Tribunales" (277-78), que señala la dificultad que el mismo plantea para los habitantes del interior.

Si se adoptara este criterio, en las ciudades que no tienen Tribunal, el de Familia podría integrarse con el Juez Ldo. al que se atribuyera dicha competencia (1ª instancia) y con este y otros 2 Jueces Ldos. para la 2ª Instancia.

7. Sobre integración de un Tribunal con jueces que decidieron la instancia anterior, el Derecho Uruguayo tenía otro ejemplo en el recurso extraordinario de nulidad notoria, instituto denominado "elemento conservador de la cosa juzgada", según la jurisprudencia (enfoque jurídicamente inadecuado). v. Gelsi "De las nulidades en los actos procesales" (ps. 342-43).

rencia a sus hijos; que entre éstos se anudan relaciones de fraternidad; que la comunidad familiar se anuda, se constituye, funciona, vive, con base a todas estas relaciones, entrelazadas entre sí.

La solución técnico-procesal, como ya se dijo, puede buscarse, sobre la base de criterios de preferencia entre las diferentes cuestiones a resolver. Pero resulta comprensible que la mejor solución para la única familia que, por ejemplo se disgrega con el divorcio o la separación, sea encarada con un único criterio, procurando soluciones armónicas y que tomen en cuenta la posibilidad de solucionar de la mejor manera posible las consecuencias del di-sentimiento conyugal, así como el con-sentimiento, que había dado lugar a la creación de la familia.

## 11. Proyectos en Uruguay

a) El **Proyecto 1955** elaborado por una Comisión integrada por E. J. **Couture**, Remolo **Botto**, José P. **Achard** y Mireya **Martínez**, fue acogido por el Poder Ejecutivo de la época y elevado a consideración del Parlamento, que no llegó a considerarlo.

Creaba 2 juzgados Ldos. de Menores y 2 J. Ldos. de Familia. Los primeros entenderían en las causas de menores transgresores o abandonados y acumulativamente en las de pérdida o limitación de la patria potestad (revelada en sus causas, por la transgresión del menor o su abandono). Los de Familia, en los demás temas.

Se creaba un Tribunal de Apelaciones en materia de menores y de familia.

Exigía "notoria capacitación y vocación públicamente demostrada" en tales asuntos y establecía que la carrera judicial se realizaría en los juzgados de tales materias, incluso en la designación para el Tribunal.

b) El **Proyecto C. Proc. 1972** elaborado por una Comisión integrada por J. P. **Zeballos** - C. **Pereira** - **Nicoliello Odriozola** - **Addiego Bruno** - **Tarigo** - Jorge **Lagarmilla** - Enrique **Vescovi** - Adolfo **Gelsi Bidart**, propuso la división entre J. de Menores ("abandonados o en falta "materialmente penal") y J. de Familia ("en todos los asuntos relacionados con la familia y el estado civil"); para la segunda instancia se prevé un Tribunal de Apelaciones de Familia y de Menores.

Estas soluciones se mantienen en el **Proyecto de 1974** (el anterior revisado por el "Instituto Uruguayo de Derecho Procesal").

## 12. Unidad o separación

Desde el punto de vista práctico no creo que hubiera inconveniente que tanto en 1a. como en 2a. instancia los mismos Tribunales sean

de Familia y de Menores. De hecho habrá de ser así en las ciudades del interior, en que difícilmente podrá lograrse la doble especialización y, por lo demás, es lo que en general se proyecta para la 2a. instancia.

Pensamos que la separación más lógica debería ser entre el juzgado que se ocupe del menor materialmente en falta **penal** y el que se ocupe **de todos los restantes** asuntos.

Ultimamente nos estamos inclinando a que también el problema de los menores abandonados espiritual o materialmente se trate por los jueces de Familia, por cuanto se trata de un problema que la afecta (incumplimiento culpable o no de deberes de los padres) y porque la solución debe procurarse con el enfoque familiar más adecuado (8) (9) (10).

8. La Ley 14.766 de 18.IV.1975 que incorpora nuevas causales de **divorcio**, modifica el art. 167 del C. Civil estableciendo: "En los autos **no** se citará para sentencia definitiva, si antes no se acredita que se ha resuelto la **situación de los hijos menores** de edad o incapaces, en cuanto a su guarda, régimen de visitas y pensión alimenticia" (inc. 1).

Sobre esta ley en sus diferentes aspectos, con especial referencia a las nuevas causales de divorcio, pero también en cuanto al instituto aludido, v. en "Revista Uruguaya de Derecho Procesal - 1977 N° 2" (publicado en junio 1978): 1) La Ley y el C. Civil, en la nueva redacción (p. 11-16). 2) Eduardo **Vaz Ferreira**: "La nueva Ley de divorcio uruguayo desde el punto de vista del Derecho Comparado" (ps. 17-24) con una importante referencia a los Tribunales de Familia en diferentes países. 3) Saúl D. **Cestau**: "Las nuevas causales de divorcio" (ps. 25-30). 4) Adolfo **Gelsi Bidart** "Modificaciones de la Ley de divorcio y proceso" (ps. 30-45); la "cuestión previa a la citación para sentencia situación de los hijos menores e incapaces" en ps. 39-41. 5) J. A. **Arlas** "Normas procesales de la Ley N° 14.766" (ps. 46-52; la referida "cuestión en p. 50).

9. **Proyecto de 15.9.1955** (fecha del informe de la Comisión **Couture, Botto, Achard, Martínez**); recogido por el Poder Ejecutivo en su Mensaje de 21.9.1955 (publicado en Diario Oficial N° 14.634 de 1.X.1955).

**Gelsi Vescovi** "Bases uniformes..." citado, recogen la Base 17°. (Fundamentos en la p. 48) la especialización en materia.

**Proyecto de 1972** (Zeballos - Pereira - Nicolliello - Odroziola - Addiego Bruno - Pla Rodríguez - Tarigo - Jorge Lagarmilla - Enrique Vescovi y Adolfo Gelsi Bidart), publicado en el "Repertorio N° 60/1972 de la Cámara de Representantes, - Secretaría. La Legislatura".

**Proyecto de 1974** (el anterior revisado por el Instituto Uruguayo de Derecho Procesal) publicado en el "Repertorio N° 571/julio 1974 - Comisión de Constitución y Legislación - Carpeta N° 567/1974 - de la Secretaría del Consejo de Estado".

Proyecto de **Código del Menor 1976** elaborado por una Comisión integrada por diversos juristas: Adela Reta, Eduardo **Vaz Ferreira**, José A. **Arlas**, Mabel **Rivero de Arancet**, Adolfo **Gelsi Bidart**), propuso para el Interior, Juzgados Ldos. de Familia y Menores; en Montevideo se separan los J. Ldos. de Menores y los de Familia; en 31. instancia, Tribunales de Familia y de Menores.

10. Sobre el Código del Niño, ver: Alfredo Martín **Berduc Sarda** "Código del Niño - anotado con doctrina y jurisprudencia..." Montevideo 1957); Francisco **del Campo** (hijo) "El Código del Niño - algunos aspectos de la reforma" (1937); Sofía **Alvarez Vignoli de Demicheli** "Los Derechos del Niño - Comentarios al Código" (1942).

### III.- Conclusiones

#### 13. La experiencia y la doctrina parecen conducir a afirmar algunas líneas de solución aconsejables:

##### 1. Especialización

Resulta aconsejable la especialización de Tribunales que se ocupen con exclusividad de la materia de familia y de menores, por el volumen de casos, la importancia del tema y sus difíciles peculiaridades, al menos en primera instancia.

##### 2. Tribunal unipersonal o colegiado

a) Nos inclinamos para la 1a. instancia, por el Tribunal unipersonal, para que más rápida y adecuadamente se adopten las soluciones que requiere la familia en crisis, con una conducción única. La integración colegiada se dejaría para la 2a. instancia, reservada a las sentencias definitivas o interlocutorias con fuerza de definitivas.

b) De optarse por el Tribunal Colegiado, podría escindírsele en una primera instancia ante el Presidente y la 2a. ante el Pleno, que podría resolver por mayoría simple, con lo cual se mantendrían los medios sub a) y se facilitaría la tarea y la comunicación entre los jueces.

##### 3. Tribunales de Familia y de Menores

Entendemos que no habría inconveniente en que el Tribunal tratara ambas cuestiones, aunque, en lo posible, siguiendo el criterio de especialización civil y penal, se otorgue al Tribunal de menores la exclusividad de intervención en el caso de menores objetivamente en falta penal.