

**PROCESAL DE FAMILIA. PRINCIPIOS INCLUIDOS EN EL PROYECTO DE
CÓDIGO UNIFICADO CIVIL Y COMERCIAL.¹**
DRA. MARIA VIRGINIA BERTOLDI DE FOURCADE

SUMARIO:

1. El conflicto de familia y el derecho procesal. 2. Procesal de familia. 3. Principios procesales. 3.1. Tutela judicial efectiva. 3.2. Inmediación y Personalidad: oralidad. 3.3. Buena fe y lealtad procesal: Moralidad. 3.4. Oficiosidad. 3.5. Reserva. 3.6. Amplitud probatoria. 4. Conclusiones

1. El conflicto de familia y el derecho procesal.

Un ámbito en el que las modificaciones sociales, en la última década del siglo XX y en la que transitamos del XXI, es innegable es el de la familia; ello ha llevado a visibilizar cuestiones antes no judicializadas y a poner en primer plano el conflicto familiar. En consecuencia el abordaje lleva a transitar desde el derecho sustancial hacia el derecho formal. En materia de derecho de familia los aspectos materiales y formales del derecho están especialmente imbricados, y por ello el Código civil de Vélez Sársfield y las leyes que lo complementaron y actualizaron han contenido en su texto normas adjetivas². Esta perspectiva debe fortalecerse en la actualidad con miras a garantizar el ejercicio efectivo de derechos reconocidos por el Bloque Constitucional (art. 75, inc 22 CN) en lo que se ha dado en llamar la “constitucionalización del derecho de familia”. Por lo tanto se impone definir formas de litigio que se adapten a las particularidades y a los especiales intereses involucrados en el conflicto familiar.

El Proyecto que nos ocupa desarrolla también la “constitucionalización” de los principios procesales que, incorporados al derecho de fondo, han de operar como mandas para el legislador local a la hora de disponer normas adjetivas; asimismo son mandatos para los jueces cuando deben fijar derroteros para dar respuesta en las causas que se presenten en la órbita de las acciones de estado de familia³ y en las acciones de ejercicio de los derechos que del estado civil dimanar⁴. En efecto, las reglas establecidas como indicadores mínimos deben atenderse en estos procedimientos en todo el territorio nacional.

En correlativo respeto de la organización federal de nuestra República, que mantiene en las provincias la potestad de organizar su administración de justicia el Proyecto se abstiene de imponer formas organizativas para los tribunales. Ello no obsta a que, como anticipamos, se establezcan principios o pautas generales que han de ser norte tanto

¹ En adelante nos referiremos al proyecto como Proyecto o Pto..

² Así, por ejemplo, el código civil vigente se ocupa de aspectos procesales al tratar la “declaración de demencia” (art. 140 y stes CC); el trámite de divorcio y su prueba (art. 205,215, 232, 236 CC); la competencia territorial en materia de estas acciones y las de alimentos (arts. 227 y 228 CC). Respecto a esta últimas también se fijan pautas relativas al trámite y al efecto de los recursos (art. 374/5/6 CC).

³ La acción de estado es una petición jurisdiccional dirigida a obtener un pronunciamiento judicial sobre el estado de familia: declara, constituye o extingue un estado de familia. V.Gr. acciones de Divorcio, reclamación o impugnación de filiación, adopción, nulidad de matrimonio.

⁴ Las llamadas “acciones de ejercicio”, por su parte, persiguen lograr ejercitar derechos o el cumplimiento de los deberes que resultan del estado de familia (v. gr. Alimentos, cuidado, guarda, comunicación).

para la regulación adjetiva como para el trámite del litigio de familia.⁵ Se ha dicho que “es sabido que las normas procesales no se encuentran ubicadas exclusivamente en los códigos de procedimiento y en las leyes de organización y competencia de los órganos judiciales. También las hay en la Constitución Nacional, en las constituciones provinciales, en los códigos de fondo a que se refiere el art. 67 inc. 11° de la Constitución nacional y en los ordenamientos jurídicos nacionales y provinciales de diversa índole”.⁶ Se entiende que, de conformidad al sistema federal adoptado por la Constitución, la atribución de regular el procedimiento pertenece en principio a las legislaturas provinciales en virtud del texto de los arts. 67 inc. 12, 5, 7 y 121 CN. No obstante, “las facultades de las provincias para legislar en materia procesal deben ser entendidas sin perjuicio de las normas de ese carácter que puede dictar el Congreso con el fin de asegurar la efectividad del ejercicio de los derechos que consagra la legislación de fondo”.⁷ Por ello “el poder de las provincias no es absoluto pues tampoco cabe desconocer las facultades del Congreso para dictar normas procesales cuando sea pertinente asegurar la eficacia de las instituciones reguladas por los códigos de fondo” y “existe un vasto sector de normas procesales cuya sanción no podía reconocerse a cada una de las provincias sin riesgo de desnaturalizar instituciones propias del denominado derecho substancial o material” aunque alerta sobre la dificultad de trazar una neta línea divisoria⁸. En este sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que “si bien las provincias tienen la facultad constitucional de darse sus propias instituciones locales y, por ende, para legislar sobre procedimiento, ello es sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias que dicte el congreso cuando considere del caso prescribir formalidades especiales para el ejercicio de determinados derechos estableciéndolas en los códigos fundamentales que le incumbe dictar”⁹

En este punto el Proyecto que nos ocupa es novedoso pues fija, de manera sistematizada, las pautas que han de regir el procedimiento familiar; reconoce de esa manera la existencia de un derecho procesal de familia, cuya autonomía científica y legislativa ya no se discute, lo que será aplicable en todo el territorio de la Nación. Lo verdaderamente nuevo en el proyecto es, entonces, el diseño.

Lo verdaderamente nuevo en el proyecto es, entonces, el diseño que, siguiendo el criterio metodológico planteado por toda la propuesta, en el Libro Segundo, Título VIII, inicia el tratamiento de la materia con disposiciones generales (Capítulo I); se ocupa de las acciones de estado y sus caracteres (Capítulo II); de las reglas de competencia (Capítulo III) y de las medidas provisionales (Capítulo IV).

En esta oportunidad nos ocuparemos del Capítulo I, que trata de las “Disposiciones generales” que serán aplicables a los procesos en los que se controvierta la materia familiar; ello, sin perjuicio de derivar otros aspectos a las regulaciones legales

⁵ Es dable advertir la diferencia entre la noción de “tipo o sistema procesal” y la de “principios”. Los “tipos o sistemas” son estructuras diseñadas por la ley para organizar los tribunales en atención, generalmente, del derecho sustancial a operar; no se muestran en forma pura y se los enuncia como duplas contrapuestas (inquisitivo-dispositivo; oral-escrito; de única o de doble instancia) y se relacionan de diferentes maneras con los distintos principios.

⁶ Conf. Palacio, Lino Enrique. Derecho procesal civil. T.I, Bs.As., Abeledo Perrot, segunda edición, quinta reimpression. 1994, pag.30. Así, por ejemplo, el código civil velezano se ocupa de aspectos procesales al tratar la “declaración de demencia” (art. 140 y stes CC); el trámite de divorcio y su prueba (art. 205,215, 232, 236 CC); la competencia territorial en materia de estas acciones y las de alimentos (arts. 227 y 228 CC). Respecto a esta últimas también se fijan pautas relativas al trámite y al efecto de los recursos (art. 374/5/6 CC).

⁷ Conf. Palacio, ob. cit., pag.42.

⁸ Ibidem, pag. 45.

⁹ Conf. Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,t.138, pág. 157; t.136, pág. 154.

específicas (art. 705 AP). Los principios se plasman en forma de directivas u orientaciones que se dirigen al juez o al legislador a la hora de dictar o aplicar el derecho y responden a fórmulas constitucionales clásicas que han ido evolucionando y adoptando nuevas perspectivas derivadas de cambios operados en la sociedad y de la especificidad del derecho de fondo a actuar.

2. Procesal de familia.

La inclusión sistematizada de normas de naturaleza adjetiva, como vemos, es totalmente ajena al código velezano; encuentra su antecedente más próximo en el Proyecto de Código unificado de 1998 aunque se limitaba a destacar los caracteres de las acciones de estado y el efecto de la sentencia, sin eludir a principios procesales ni a otras instituciones, como lo hace el proyecto actualmente considerado.¹⁰

El derecho sustancial familiar, desde esta nueva perspectiva, requiere que se respeten las directivas que se fijan como patrones ineludibles que debe seguir el proceso.

En el Capítulo inicial se pone énfasis en que las normas deben interpretarse de modo que se facilite el **acceso a la justicia**. Se apunta, asimismo, a la **solución pacífica del conflicto familiar** (706, 2º párrafo).

La tutela a los derechos de la infancia y la juventud se plasmó en su texto al incluir el deber dar preeminencia al **interés superior de niños, niñas y adolescentes** en los conflictos que los afecten. Esta regla ha sido tomada en las reglamentaciones legales, sustanciales y formales¹¹, de las normas constitucionales convencionales (art.3 de la Convención sobre los derechos del niño) y se trasunta en la amplia aceptación jurisprudencial¹² de dicha directriz (706, 4º párrafo).

Además de atender a la infancia y adolescencia, se considera la situación **de personas vulnerables** (Vgr. personas mayores con capacidad restringida que estén en condiciones de formar un juicio propio) las que también tienen derecho a ser escuchadas, según las circunstancias, y cuya opinión deberá ser tenida en cuenta cuando el proceso los afecte directamente¹³; así lo indica en el art.706, 2º párrafo y lo destaca el art. 707 Pto. recogiendo las Cien Reglas de Brasilia (año 2008)¹⁴.

¹⁰ Ello se encontraba en el LIBRO TERCERO. De las relaciones de familia. TITULO X. De las acciones de estado de familia y de los procesos sobre cuestiones de familia.

¹¹ Así se plasma en la ley N° 26.061, art.3 y en su correlato provincial, Ley N°9944.

¹² En tal sentido, el art. 3 de la ley 26.061 explica que el interés superior del niño, contempla la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos por la ley. El interés superior del menor es el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizada en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto, excluyendo toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (SCBA, Ac. 92.267 sent. del 31-10-2007). Así como que “La atención primordial al ‘interés superior del niño’ a que alude el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño, apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño. El principio proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos del niño con los adultos que lo tienen bajo su cuidado. La decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para la menor. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto se prioriza el del niño” (SCBA, Ac. 87.832 sent. del 28-7-2004). Asimismo el Proyecto lo replica en otras normas especiales, tales como las relativas a la gestación por sustitución (art.562); adopción (art. 595); responsabilidad parental (art. 639), entre otras a lo largo de su texto.

¹³ La ley 26.657 adecua la legislación nacional a los principios y tratados internacionales de derechos humanos de los cuales la República Argentina es parte (vgr. la Convención Interamericana sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (la Convención

Se advierte, asimismo, la recepción de una inquietud reiterada en las propuestas de congresos y otros eventos científicos de Derecho Procesal que insisten en la necesidad de que los Jueces de Familia sean especializados en la materia y cuenten con apoyo multidisciplinario (706 3º párrafo).¹⁵

La **especialidad** apunta a reservar la exclusividad de aspectos vinculados a los conflictos esencialmente familiares para los tribunales competentes en la materia, dejando de lado otras cuestiones, propias del derecho común, aunque los reclamos se planteen entre cónyuges, quienes lo fueron o parientes.

En este aspecto, por ejemplo, el Proyecto de Código que revisamos, ha discriminado los efectos del divorcio de lo que es materia propia de los daños y perjuicios que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil a cuyas normas remite pero no tienen su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan, sino en la condición de persona.

En una segunda dimensión la “especialización” se vincula a la idoneidad de los operadores tanto en lo jurídico como en sus perfiles personales.

La **multidisciplina**, a su vez, significa que los tribunales que actúen la materia familiar deben contar con gabinetes de apoyo y con colaboración de médicos, psicólogos, asistentes sociales y otros profesionales cuya formación sea adecuada a los fines que se pretendan alcanzar.¹⁶ En este aspecto es dable señalar que nuevas instituciones diseñadas en materia de régimen patrimonial del matrimonio y en los efectos del divorcio y el fin de la unión convivencial tornarán necesario también el aporte de profesionales en las ciencias económicas (vgr.arts. 441, 442; 524 y 525).

Postular la **solución pacífica del conflicto familiar** (706, 2º párrafo) determina que se derive la trascendencia de la **conciliación** y de la **mediación** como formas alternativas de arribar a una resolución consensuada; la inmediatez y la personalidad,

Interamericana sobre Discapacidad) y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Asimismo, el texto propuesto otorga el carácter parte en el juicio a las personas cuya capacidad puede ser restringida por razones de discapacidad mental (art.31)

¹⁴ Las Reglas Básicas que la Cumbre Judicial Iberoamericana (*año 2008*), elaboró dentro del marco de los trabajos de su XIV edición, son referidas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad y se desarrollan los principios recogidos en la “Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano” (Cancún 2002), específicamente los que se incluyen en la parte titulada “*Una justicia que protege a los más débiles*” (apartados 23 a 34).

¹⁵ Este último aspecto se destaca también en procesos judiciales que, si bien no son propios del derecho de familia, atienden a la situación de las personas y sus derechos fundamentales: v.gr. aquellos en los que se plantea declarar restricciones a la capacidad de la persona humana (art.31, 36/7 y 47); o, cuando se solicita una dispensa judicial para contraer matrimonio por persona con trastornos que ameriten verificar si cuenta con discernimiento para otorgar el acto (arts. 403 inc.g y 405). En tal sentido en la Comisión pertinente del XXVI Congreso de Derecho Procesal celebrado en Santa Fe (año 2011), se concluyó la importancia de crear Fueros especializados y se puso acento en el necesario auxilio multidisciplinario para resolver los conflictos de familia.

¹⁶ Dentro de las 100 Reglas de Brasilia ya citadas se destaca la necesidad de que se adopten medidas destinadas a la especialización de los profesionales, operadores y servidores del sistema judicial para la atención de las personas en condición de vulnerabilidad y la conveniencia de la atribución de los asuntos a órganos especializados del sistema judicial. Asimismo se señala la importancia de la actuación interdisciplinaria, mediante equipos multidisciplinarios, conformados por profesionales de las distintas áreas, para mejorar la respuesta del sistema judicial.

que se predicen en el diseño postulado, torna posible que el órgano jurisdiccional facilite el acuerdo en los procesos que involucran cuestiones de familia.

La conciliación como facultad de los jueces de fijar audiencias para promover avenimientos o transacciones (conf. art. 36 CPCCN, 58 CPCCba., art. 40 Ley 7676) esta prevista especialmente en algunos pasajes del Proyecto¹⁷.

Las soluciones consensuadas dan más alternativas de cumplimiento espontáneo; con igual propósito podría recurrirse a las técnicas de mediación. Ambas modalidades pueden referirse a la totalidad de los aspectos controvertidos o sólo algunas cuestiones.

La recepción de los principios referidos responde a la recomendación del XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, según se concluyera al punto 2 en la comisión respectiva y a las reglas de Brasilia ya mencionadas.¹⁸

3. Principios procesales.

Podemos señalar que el Proyecto recepta explícitamente los siguientes principios procesales:

- **Tutela judicial efectiva.**
- **Inmediación y Personalidad: oralidad.**
- **Buena fe y lealtad procesal: Moralidad.**
- **Oficiosidad.**
- **Reserva**
- **Amplitud probatoria**

Nos ocuparemos brevemente de cada uno de ellos.

3.1. Tutela judicial efectiva.

Esta directriz encuentra reconocimiento en los arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Comprende la garantía de acceso a la justicia y los principios de concentración y celeridad, ambos incluidos en el de economía procesal aspecto también vinculado a la necesaria disminución de los gastos del proceso.¹⁹ Se apunta a dar respuesta en procesos concretados en menos actos procesales y plazos más breves; implica la existencia de un juez independiente, imparcial y preconstituido por la ley (art. 18 CN), con respeto del derecho de defensa en igualdad de oportunidades que la contraria (art. 16 CN) y que culmine con una sentencia razonablemente fundada (Conf. art.3 del Proyecto) dictada en un plazo razonable.

Asimismo, la noción alude a las herramientas procesales necesarias y proporcionadas fundamentalmente procura asegurar la efectividad de las resoluciones judiciales.²⁰

3.2. Inmediación y personalidad: oralidad.

¹⁷ Veáanse los pasajes citados en la nota 22.

¹⁸ De igual manera las Reglas de Brasilia citadas impulsan las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en los que resulte apropiado, tanto antes del inicio del proceso como durante su trámite. Se señala que la mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que no impliquen la resolución del conflicto por un tribunal, pueden contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad, así como a descongestionar el funcionamiento de los servicios formales de justicia.

¹⁹ Conf. Bertoldi de Fourcade, M.V. y Ferreyra de de la Rúa, Angelina. Régimen procesal del fuero de Familia. Bs.As., Abeledo Perrot, 1999, pag. 42.

²⁰GARCIA SOLA, Marcela y BARBERIO, Sergio J.- Lineamientos del principio de la Tutela Judicial efectiva- Principios procesales. Dirigido por Jorge Peyrano- Rubinzal Culzoni- Santa Fe, año 2011- Tomo 2- pag. 255. El Código propuesto prevé especialmente medidas para asegurar el cumplimiento de las decisiones judiciales, además de la que trata en el capítulo respectivo; por ejemplo, en materia de alimentos (arts. 551 y 553).

El **principio de intermediación** involucra el de **personalidad**. Se plasman en el proyecto en diversas normas especiales que concretan una necesaria **oralidad**.²¹

La “**intermediación**” supone el contacto directo entre juez, partes y órganos de prueba, lo que es fundamental en la materia.²² Este principio requiere **la oralidad**²³; sin embargo, aún si el tipo es escrito o cuando no exista adecuación local a estos postulados, en el proceso deben existir momentos de oralidad, a fin de concretar el mandato de que el juez escuche directamente a los involucrados.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha destacado la importancia de este principio; ha señalado que, cuando se debaten cuestiones referidas a menores, debe favorecerse un contacto directo y personal del órgano judicial con éstos y que la eficiencia de la actividad tutelar torna aconsejable una mayor intermediación del juez con al situación de aquellos.²⁴ Como vemos, la “intermediación” se integra con la regla de “**personalidad**”; ello pues, en asuntos de naturaleza personalísima, se restringe la posibilidad de que la asistencia de las partes ante el Juez sea suplida por apoderados.

3. 3. Buena fe y lealtad procesal: Moralidad

El Proyecto también recoge explícitamente el principio de “*moralidad*” el que, entendido en su forma clásica, refiere a la “buena fe” y “lealtad procesal”, lo que se advierte, debe impregnar todas las relaciones nacidas del derecho de fondo pues los derechos deben ser ejercidos de buena fe y en forma regular²⁵. Estos deberes jurídicos pesan sobre las partes y el juez que ha de prevenir y sancionar todo acto contrario al principio de moralidad. De tales postulados han derivado nuevas formulaciones, tales como la de solidaridad y cooperación con el tribunal, los que se han destacado ya en la valoración de la conducta del demandado renuente a practicarse las pruebas biológicas en los juicios de filiación.²⁶

²¹ Se los encuentra a lo largo del abordaje de diversas instituciones del derecho de familia. El juez debe, en materia de **tutela** escuchar el menor, tener en cuenta su opinión y atender a su mejor interés (art. 112); mantener una **entrevista personal con los pretendientes que solicitan la dispensa judicial para contraer matrimonio** (art.404); en el **divorcio, para evaluar** el convenio regulador de los efectos del divorcio, debe citar a una audiencia a los cónyuges (art. 438 3º párrafo); también es necesario un contacto personal con los involucrados previamente a **declarar la adoptabilidad** (art. 609), lo que también debe hacerse en el juicio de **guarda y adopción** (arts. 613 y 617). Asimismo, si existe desacuerdo **entre los progenitores** respecto a los hijos, el juez debe convocar a una audiencia para resolverla (art. 642).

²² El Código Civil de Vélez Sársfield ya lo disponía en algunas materias, tales como el proceso de la guarda preadoptiva y en el juicio de adopción (arts. 317 y 321 CC); asimismo, se requiere comparendo personal de los cónyuges ante el Tribunal en el trámite diseñado para el divorcio y separación por presentación conjunta (art. 236 CC).

²³ En este punto es interesante recordar que las 100 Reglas de Brasilia, como forma de facilitar el acceso a la justicia de las personas vulnerables, **propugna la oralidad** de las actuaciones judiciales con la expresa finalidad de mejorar las condiciones de celebración de las actuaciones judiciales y favorecer una mayor celeridad en la tramitación del proceso.

²⁴ Conf.CSJN. “S., E. D. c .B., J. F”. 05/03/202. La Ley 2002-D, 686; “E., M.H.” 06/02/2003. La Ley Online.AR/JUR/8542/2003.”B.,R. E.”, 16/03/2004. JA 2004-III,81.

²⁵ Ello resulta expresamente destacado en el Pto.de Código que comentamos, en los arts. 9º y 10. El primero consagra el principio de buena fe, señalando que “los derechos deben ser ejercidos de buena fe”. Asimismo se proscribe el abuso del derecho al expresar: “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”. La norma es similar, pero no idéntica a la consagrada en el art. 1071 CC., según texto ley 17.711.

²⁶ La ley 23.511,” Banco de datos genéticos” de 1987, establece: art. 4- La negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente...”. El Pto.de Código bajo

Este principio comprende, además, la valoración de la conducta procesal de las partes en el juicio, como lo señalan los Códigos procesales (Conf. arts.316 CPC y art. 423 CPN), e insta a que se evalúe el desempeño de los involucrados en sus roles familiares. En doctrina la “moralidad” del trámite también se proyecta en el principio “*clare loqui*” (“hablar claro”); ello es comunicarse mediante un lenguaje claramente comprensible y así se lo propuso la Comisión al redactar el Proyecto que repasamos²⁷.

3.4. Oficiosidad.

El principio de oficiosidad, meramente enunciado en el art. 706, se explicita en el art.709. Esta norma establece que en los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente y que ello no procede en los asuntos de naturaleza exclusivamente económica en los que las partes sean personas capaces.

Ello supone que las causas se impulsan oficiosamente, se puede coleccionar prueba de oficio y, dictar, en determinados casos, medidas urgentes.²⁸ Asimismo las medidas provisionales relativas a la persona pueden ser dispuestas sin petición de parte.

La idea de un juez director del trámite encuentra su correlato en materia de acciones de estado en las que se encuentra comprometido el orden público, tal como acontece en las acciones de filiación y adopción,²⁹ ya que se autoriza expresamente a que este juicio pueda ser “iniciado de oficio” (art. 616 Pto.).

El nuevo texto reconoce, además, otras situaciones en las que el Juez competente en familia puede actuar oficiosamente. Así, puede promover lo que corresponda cuando tenga noticia de un hecho que motive la apertura de una tutela (art. 111); en materia de alimentos, puede imponer al obligado incumplidor medidas razonables para asegurar la eficacia de la resolución y también puede hacerlo ante la reiteración de incumplimiento en el régimen de comunicación (arts.553 y 557); si quien pretende acceder al expediente de guarda y adopción es un menor de edad que procura ejercer su derecho a conocer su historia de origen, el juez actuante puede, de oficio, dar intervención a los equipos técnicos (art. 596).

Es dable advertir que esta amplitud alcanza solo a aquellos asuntos que exceden el mero interés particular de las partes.

En igual dirección, en materia de “convenio regulador de los efectos del divorcio”, el juzgador podrá requerir a las partes que acompañen más elementos para fundar sus propuestas. Ello pues la presentación de un convenio regulador constituye un requisito de admisibilidad de la demanda tanto si se trata de una presentación de divorcio realizada en forma conjunta como si la iniciativa ha sido unilateral, en cuyo caso deberá presentarse una propuesta de convenio y la contraria podrá presentar otra; si con estos elementos no se llegara a una convención se dictará sentencia de divorcio y la cuestión

análisis retoma el criterio de la ley arriba citada, ya que señala, en su art.579 referido a las Pruebas genéticas, que: “En las acciones de filiación se admiten toda clase de pruebas, incluidas las genéticas, que pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte. Ante la imposibilidad de efectuar la prueba genética a alguna de las partes, los estudios se pueden realizar con material genético de los parientes por naturaleza hasta el segundo grado; debe priorizarse a los más próximos. Si ninguna de estas alternativas es posible, **el juez valora la negativa como indicio grave contrario a la posición del renuente. También se admite la prueba genética post mortem que autoriza la exhumación ante la negativa o imposibilidad de los dos progenitores del causante (art. 580)**”

²⁷ En los fundamentos que preceden a las normas proyectadas se destaca que, en su redacción, se ha utilizado un lenguaje sencillo para facilitar la lectura tanto a los abogados como a quienes no lo son. Se agrega que se ha procurado omitir frases extensas que dificulten su comprensión para lo cual se fijan sólo reglas mínimas de interpretación.

²⁸ Así el art. 579 Pto. autoriza a disponer pruebas de oficio en el juicio de filiación, inclusive la prueba genética. Las medidas provisionales sobre personas también pueden ser dispuestas de oficio (v. art. 721)

²⁹ Así se admitía en los artículos 253 y 321 del Código civil vigente.

deberá dilucidarse con posterioridad. Asimismo debe recordarse que tales convenios pueden referirse tanto a aspectos personales de las relaciones entre los padres y los hijos como a cuestiones de contenido exclusivamente patrimonial. Además con el fin de asegurar la efectividad de lo acordado el juez tiene potestades para exigir oficiosamente a las partes garantías reales o personales que aseguren el cumplimiento de lo establecido con miras a aprobar el convenio de que se trate (art.438).

Esta amplitud de poderes del juez se limita cuando se trata de “asuntos de naturaleza exclusivamente económica en las que las partes sean personas capaces”, según reza la norma que comentamos.

3.5. Reserva.

El Proyecto de Código enuncia, en los arts. 706 y 708, el tradicional principio de reserva como “acceso limitado al expediente”. Ello así ya que en el conflicto familiar es fundamental preservar la intimidad de los involucrados.

Se tutela entonces el “derecho a la intimidad” que recibió consagración legal en el art. 1071 bis del Código civil vigente ³⁰ y responde al mandato constitucional contenido en los arts. 19 CN y en el art. 41 de la Constitución de la Provincia de Córdoba.

En el caso que nos ocupa la referencia a la “intimidad personal o familiar” se encuentra en el Libro Primero, de la “Parte General”, en el Título I, Capítulo III, del nuevo texto legal que trata los derechos de la personalidad, sistemáticamente abordados, y cuya violación constituye una forma de las “afectaciones a la dignidad” de la persona humana.

La reserva de las actuaciones que debe imperar en materia familiar tiene, entonces, especial impacto e importancia en el orden procesal pues constituye una excepción al principio de publicidad de las actuaciones judiciales.

Aunque el art.708 señala que 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, esto debe entenderse extendida a la privacidad de las audiencias y a la consulta del protocolo para preservar efectivamente el derecho que es su fundamento.³¹

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.

3.6. Libertad y amplitud probatoria

El Proyecto adopta el principio de libertad y amplitud probatoria que alcanza tanto lo que refiere al objeto a probar como a los medios probatorios, lo que involucra, además, al criterio de flexibilidad y proporcionalidad de la prueba (art. 710 AP). Se advierte, al

³⁰ El artículo 1071 bis fue introducido al texto del Código civil por la Ley 17.711, en el año 1968.

³¹ En cuanto a la protección de la intimidad, las Reglas de Brasilia destacan la necesidad de brindar reserva a las actuaciones judiciales, cuando el respeto de los derechos de la persona en condición de vulnerabilidad lo aconseje de tal manera que solamente puedan acceder a su contenido las personas involucradas, limitación que debe extenderse a la imagen en ciertos supuestos. No obstante se estima que no debe permitirse la toma y difusión de imágenes en relación con los niños, niñas y adolescentes, por cuanto afecta de forma decisiva a su desarrollo como persona. También se destaca la necesidad de dar protección de datos personales de los sujetos en condición de vulnerabilidad, prestando especial atención cuando se encuentran en soporte digital o en otros soportes que permitan su tratamiento automatizado.

reparar el texto que nos ocupa, que en diversas instituciones se pone de manifiesto la amplitud con la que pueden probarse los extremos que se invoquen.³²

La ciencia procesal, siguiendo a Morello, abordó al proceso desde una visión solidarista de la carga probatoria acentuando la efectiva participación de todos los involucrados.³³

Como se advierte que el “hecho familiar” responde a la categoría de los de “difícil prueba” en numerosas ocasiones,³⁴ el código propuesto es coherente con los principios repasados, los planteos de la doctrina, lo resuelto en la jurisprudencia y algunos proyectos de códigos de procedimiento³⁵, y por ello deroga en la materia familiar la calidad de “testigo excluido” (art. 309 CPCCba. y art. 427 CPN).

Sin eufemismos, se establece que los parientes y allegados a las partes pueden ser ofrecidos como testigos y se faculta al juez a no admitir la declaración de personas menores de edad según las circunstancias del caso (art. 711). Es decir que aquellos ligados a las partes por vínculos de parentesco y quienes han estado próximos a los involucrados en el conflicto están en condiciones de dar testimonio de lo ocurrido.

El Poder Ejecutivo, sin embargo, agregó a la norma originariamente proyectada un párrafo de difícil justificación, al precisar que: “Sin embargo, según las circunstancias, el juez está facultado para no admitir la declaración ... de parientes que se niegan prestar declaración por motivos fundados”.

Asimismo, en consonancia con las prácticas ya establecidas en el procedimiento de familia y dentro de los principios vinculados a la prueba, se recepta la denominada “doctrina de las cargas probatorias dinámicas” al establecerse que ella recae sobre quien está en mejores condiciones de suministrarla y se dejan de lado los conceptos tradicionales sobre la distribución de la “carga” de la prueba superando concepciones dispositivas al dar prioridad el conocimiento de la verdad.

4. CONCLUSIÓN

Se estima que las modificaciones operadas en la sociedad y las diferentes formas de familias que admite con igual jerarquía nuestro orden jurídico constitucional requería que el código civil intentara dar respuesta a los problemas concretos, muchos de ellos inéditos, que se presentan en materia de conflicto familiar; para ello se amplía la perspectiva hacia el ámbito del derecho procesal a fin de facilitar las respuestas pacificadoras. Esto exige un abordaje distinto del que se otorga a los asuntos meramente patrimoniales.

En esta materia el rasgo instrumental del derecho adjetivo se perfila como “derecho procesal de familia” cuya autonomía científica e incluso legislativa, tiene gran predicamento en nuestros días. Se recogen los principios que le resultan propios debido a la imbricación que se da entre el derecho sustancial y el formal. Si bien los Códigos de fondo en la materia familiar siempre han contenido en su texto normas adjetivas, este

³² Así, por ejemplo, se admite todo medio de prueba al declarar restricciones a las personas con discapacidad (art. 34); en supuestos especiales de prueba del nacimiento, muerte y edad de la persona humana (arts.96 y stes.) o del matrimonio (art. 423); al probar la propiedad de los bienes en el régimen patrimonial del matrimonio de separación de bienes (art. 506); para demostrar la existencia de unión convivencial cuando no se la ha registrado (arts. 511 y 512).

³³ Morello, Augusto M “Hacia una visión solidarista de la carga de la prueba”ED 132- 953.

³⁴ Kielmanovich Jorge- Procesos de Familia- Abeledo Perrot- BS. As. año 1998, pág. 21, señala que el “hecho familiar” por sí mismo, es difícil de probar pues sucede “entre cuatro paredes”, muchas veces sin la presencia de testigos o, en su caso, frente a testigos comprendidas en las generales de la ley para con las partes.

³⁵ Anteproyecto de Leyes Procesales de organización y procedimiento de los Fueros de Familia CABA (Ciudad autónoma de Buenos Aires- Comisión integrado por Angelina Ferreyra de de la Rúa- Jorge Kielmanovich y Nelly Minyerski- Bs. As- año 2001- Comisión para el Anteproyecto de ley Procesal para el Fuero de Familia para el orden nacional. Comisión integrada idéntica anterior- Bs As. 2002.

perfil se refuerza a partir de la necesidad de protección de los derechos individuales y familiares desde la óptica de los derechos humanos. Se persigue asegurar su ejercicio efectivo a partir de la impronta que marca el Bloque Constitucional (art. 75, inc 22 CN).

Nada obsta desde la Constitución a la inclusión de las normas adjetivas proyectas ya que “existe un vasto sector de normas procesales cuya sanción no podía reconocerse a cada una de las provincias sin riesgo de desnaturalizar instituciones propias del denominado derecho substancial o material” aunque alerta sobre la dificultad de trazar una neta línea divisoria. La propuesta actual respeta las facultades reservadas a las provincias por lo que se abstiene de imponer formas organizativas para los tribunales, las que serán decididas por las autoridades locales (arts. 5 y 31 CN); no se indica un “tipo o sistema” procesal, lo que se refiere al diseño legal y a la organización de los tribunales.

Es valiosa la propuesta pues replica la “constitucionalización” de los principios procesales que resultan operativos a fin de asegurar trato igualitario en todo el territorio de la Nación al fijar rumbo a los operadores en lo jurisdiccional. Aunque se propugna la conformación de tribunales especiales con apoyo de la multidisciplina, es necesario destacar que aún en su defecto, las directivas reseñadas deben orientar el procedimiento familiar.

Se reciben criterios sostenidos por la doctrina y la jurisprudencia y las reglas que desde la praxis judicial, se estiman fundamentales para lograr la igualdad real al equilibrar la situación de los menos favorecidos. Los principios y reglas que se proponen, entonces, procuran que los derechos que se reconocen tengan respuesta en la realidad concretando la reglamentación legal de los mandatos constitucionales referidos al debido proceso.