



**Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**

**Carrera de Abogacía**

**Sede Regional Rosario**

**“Principios procesales en las relaciones de familia del Código Civil y  
Comercial”**  
**2016**

**Tutor: Dr. David Lisandrello.**

**Alumna: Mara Soledad Barro.**

**Título al que aspira: Abogada**

**Fecha de presentación: Noviembre de 2016**

**Dedicatorias:**

A quien más amo y valoro...a mi mamá ELSA. Por ser la persona más fuerte que jamás conocí, por transmitirme su fortaleza y enseñarme con su inmensa humildad que no sería fácil, pero que logrando ser así, humilde y luchadora, hoy llegaría hasta aquí, hasta el final. Gracias por tu vida entera dedicada a nosotros.

*“La ley de procedimiento, tomada en su conjunto, es una ley reglamentaria de los preceptos constitucionales que aseguran la justicia.*

*El derecho procesal ya no puede ser concebido como el humilde servidor del derecho civil o del derecho comercial, sino como una rama autónoma del derecho, emplazada sobre la frontera de la Constitución, para asegurar la eficacia de los derechos del hombre en cuanto concierne a la justicia”.*

*"El destino de la cosa juzgada es el de que se cumpla, que la Justicia no dé consejos, sino que sancione normas coactivas. Que la promesa hecha en la Constitución garantizando justicia a todos los que quieran habitar este suelo no sea un apotegma que nos enorgullezca cuando lo leamos en las páginas del preámbulo, sino que nos avergüence cuando contemplemos su burla con nuestros propios ojos".*

**EDUARDO J. COUTURE**

### **1. Resumen:**

El Código Civil y Comercial propone una reforma integral del derecho privado a fin de ajustar la normativa al nuevo bloque de constitucionalidad, consagrando lo que se ha denominado la “*constitucionalización del derecho de familia*”.<sup>1</sup> Habida cuenta de que una de las garantías más relevantes, incorporada por la reforma constitucional de 1994, es la que consagra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el texto incluye normas procesales mínimas para su inclusión en los códigos adjetivos locales, que tienen por objeto asegurar la operatividad de las disposiciones de derecho sustancial y la adecuada aplicación de las regulaciones de fondo, vale decir, que tienen por finalidad viabilizar la dación de tutela efectiva. La previsión de normas procesales destinadas a asegurar la eficaz aplicación de las disposiciones sustanciales da cuenta del carácter instrumental del proceso y de la necesidad de que su estructura resulte idónea para dar operatividad al derecho sustancial.

---

<sup>1</sup> De Los Santos, Mabel A., “Los procesos de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, I. Introducción y fundamento de la inclusión de las normas procesales, Rubinzal Culzoni, 2014.

El derecho de familia tiene como fin regular las relaciones familiares y obtener una solución pacífica a los conflictos en tales relaciones. La actuación de este derecho supone su realización indirecta por intermedio de los organismos jurisdiccionales.

Esta distinción, que se corresponde con la clásica entre derecho de fondo y derecho procesal, adquiere significativas particularidades en el derecho de familia.

La regla es que las normas sustanciales se encuentran en los códigos de fondo y corresponden a la legislación del Congreso de la Nación. El sistema jurídico receptado en la Constitución Nacional establece que los Códigos de fondo son regulados en forma exclusiva por el gobierno federal, mientras que las leyes de procedimiento son establecidas por cada provincia en particular.

El Código Civil y Comercial de la Nación se aparta de esta norma relativa a la división de poderes entre la Nación y las Provincias y regula en su articulado el proceso de familia.

Los procesos de familia, aquí mencionados, se regularon en el Título VIII, “Procesos de familia”, del Libro II, “Relaciones de familia”, del CCyC, en cuatro capítulos comprendidos entre los arts. 705 al 723. Nuestro presente trabajo hace referencia al Capítulo 1, abarcando las “Disposiciones generales”, específicamente los principios procesales orientadores de la actividad creadora del poder judicial en toda la tramitación de los conflictos familiares.

Específicamente en el capítulo I abordaremos las generalidades del derecho de familia, hacia donde se orienta, y su aspecto procesal actual, en conjunción con la función jurisdiccional de los tribunales de familia y la adecuación de la legislación a éstos.

En el capítulo II procederá cómo es considerado en el CCyC el proceso de familia, también cómo debe interpretarse la norma y qué debe hacer el juez al respecto, analizando para ello, por un lado los primeros artículos de dicha ley, y por el otro haciendo referencia a la tan mentada “constitucionalización del derecho privado” y a las normas que la contemplan.

El capítulo III tendrá en cuenta el proceso como concepto con amplitud civil, las generalidades de los principios dentro de este proceso y la existencia de normas de fondo que se cuelan en la ley sustancial.

En el capítulo IV nos centraremos ya si en el proceso de familia dentro del Código Civil y Comercial, en la incidencia del proceso en los conflictos de familia como la forma de llegar a una solución, y en específico en los principios rectores que originaron el presente trabajo.

Seguidamente y de manera específica, hablaremos capítulo a capítulo de los principios procesales, los aspectos que éstos engloban y que aluden a nuestra materia en cuestión y su implicancia en dicho derecho de familia. Así en el capítulo V será el turno de la “tutela judicial efectiva”; en el VI de la “inmediación, buena fe y lealtad procesal”; el VII abarcará la “oficiosidad” y dentro de ésta el rol del juez y sus facultades como director del proceso; en el capítulo VIII explicaremos el principio de “oralidad” y el de “acceso limitado al expediente”; el apartado IX corresponderá a las “personas vulnerables”, la participación de niños, niñas y adolescentes en el proceso y su derecho, como sujetos de derecho (valga la redundancia) a ser oídos y tenidos en cuenta; al capítulo X la “resolución pacífica de conflictos, especialización y apoyo multidisciplinario”, y el tan importante (sino el más) “interés superior del niño”; y finalmente el capítulo XI lo atribuiremos a los “principios relativos a la prueba” y la carga dinámica de a misma.

## **2. Estado de la cuestión:**

Esboza RAFFO<sup>2</sup> que el derecho de familia ha sufrido, en nuestro país y en las últimas tres décadas, tan importantes cambios que resulta difícil trazar una comparación entre la actividad jurisdiccional actual y la de, aproximadamente, cuarenta años atrás. Debemos considerar que es a partir de los años 80, finalizada la dictadura militar, cuando se inicia un trascendental proceso de reconocimiento de nuevas estructuras familiares, mediante la sanción de un conjunto de leyes que procuraba su protección legal. Pensemos en la ley 23.264<sup>3</sup>, que derogó la norma que establecía el ejercicio de la patria potestad en cabeza exclusiva del padre, o la ley 23.515<sup>4</sup>, que permitió que muchas personas pudieran regularizar su situación de separación matrimonial por medio del divorcio vincular, o la incorporación al derecho interno de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN), ley 23.849<sup>5</sup>.

Estas tres normas, como se dijo, han iniciado un camino irreversible de transformación en el derecho de familia argentino, que se consolidó con la incorporación al texto constitucional de principios y normas del derecho internacional de los derechos

---

2 Raffo, Pablo Ernesto, “El rol del juez de familia a la luz de los cambios legislativos”, Derecho de las familias, infancia y adolescencia, Infojus, 2014.

3 Ley de Patria Potestad y Filiación, 1985

4 Ley de Divorcio, 1987

5 Ley sobre aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño. 1990

humanos<sup>6</sup>, y se profundizó en la actualidad con el reconocimiento de derechos que garantizan y resguardan la diversidad y las nuevas relaciones de familia.

Cuesta pensar, en nuestros días, en la fundamentación de una decisión judicial que no contemple nociones básicas del derecho familiar como, por ejemplo, el derecho a constituir una nueva familia tras un fracaso matrimonial, la escucha y valoración de la palabra del niño, la igualdad y la perspectiva de género, la no discriminación hacia la mujer, la protección a las víctimas de violencia familiar, el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes, y el respeto a la subjetividad de la persona que padece una disminución física o psíquica en su salud. Estos principios, entre otros, se encuentran incorporados al derecho de familia y su aplicación en las resoluciones judiciales parece ya no ser discutida.

La normativa familiar se conforma hoy por reglas de diferente jerarquía, incluidos los Tratados incorporados con rango constitucional, que rige tanto en las relaciones sustantivas de derecho de familia como en los sistemas procesales para el abordaje de los conflictos que se generan. Ello determina una zona de confluencia, en la que es común encontrar normas procesales en la legislación sustantiva, a la par de una amplitud de facultades del órgano jurisdiccional local (como es el de familia) que no es común en las otras ramas (civil, comercial), pues se prioriza la solución del conflicto.

Por otra parte hay una multiplicidad de normas procesales nacionales que han sido dictadas por el Congreso de la Nación, entre ellas cabe mencionar la ley 26.485<sup>7</sup>, que en su Título III se ocupa de los procedimientos en dos capítulos. En el primero se establecen los derechos y garantías mínimas de procedimientos judiciales y administrativos que son obligatorios para la Nación y las Provincias, mientras que en el segundo se regulan los procedimientos que sólo rigen en forma obligatoria en la Nación, siendo libres las jurisdicciones locales de dictar las normas de procedimiento o adherir al régimen procesal previsto por la ley.

El sistema propugnado por el CCC sigue la antigua doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que establece que las normas procesales dictadas por la legislatura nacional son constitucionales, en tanto resulten esenciales para la vigencia de la institución de fondo, y es similar al seguido por la ley 26.485, en tanto sólo establece principios uniformes mínimos, que aparecen como imprescindibles para hacer

---

6 En el que el hombre va a ser considerado “sujeto del derecho internacional”, teniendo incluso “la posibilidad de reclamar por se ante los órganos metancionales”. Hitter, Juan Carlos y Fappiano, Oscar L., *Derecho Internacional de los DDHH*, 2ª ed. Buenos Aires, Ediar, 2007.

7 Ley de Protección Integral a la Mujer, 2009.

efectivos los derechos de fondo establecidos en el Código, pero se abstiene de regular los procedimientos en sí.

La inclusión de normas procesales en un código de fondo debe entenderse en el contexto de un país federal, donde las provincias se han reservado la organización de la justicia y el dictado de las normas procesales, lo que hace necesario dar homogeneidad a regulaciones procesales dispares.

El Código Civil y Comercial no resulta en la actualidad la única ni la principal legislación en la que deben fundarse los fallos judiciales relativos a los conflictos familiares, y toda la normativa local debe respetar los principios reconocidos por nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Esta ampliación y reconocimiento de derechos familiares se ha dado en el marco de un significativo proceso de “constitucionalización del derecho de familia”<sup>8</sup>, el que además de instituir como normas supremas a algunos principios del derecho de familia, ha originado nuevas prácticas y responsabilidades, de jueces y funcionarios públicos, en las que cada acto judicial o administrativo habrá de sujetarse al nuevo marco trazado por la normativa de los derechos humanos. De no ser así, nuestro país incumpliría una responsabilidad internacional y podría ser sancionado por los organismos internacionales reconocidos como autoridad jurisdiccional, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Esta obligación abarca tanto las acciones del Estado como sus omisiones, las que, a su vez, pueden darse por la falta del dictado de una legislación que se ajuste a la normativa de los derechos humanos, o directamente por la no aplicación de esta.

Diremos, entonces, que existe una obligación del Estado de realizar acciones positivas tendientes a garantizar la vigencia de los derechos fundamentales.

### **3. Marco teórico:**

Cuando hablamos de proceso hacemos referencia a un sistema compuesto por una serie de actos de las partes, del órgano judicial y de terceros realizados en forma sucesiva, con la finalidad de lograr la actuación del derecho para satisfacer una pretensión aducida por quien posee determinados intereses, mediante una declaración emanada de quien representa una porción del poder estatal.

Palacio lo ha definido como “el conjunto de actos recíprocamente coordinados entre sí de acuerdo con reglas preestablecidas, que conducen a la creación de una norma

---

<sup>8</sup> Concepto desarrollado por Gil Dominguez, Andrés; Fama, Maria Victoria y Herrera, Marisa, en Derecho Constitucional de Familia, Buenos Aires; Ediar, 2006

individual destinada a regir un determinado aspecto de la conducta del sujeto o sujetos, ajenos al órgano, que han requerido la intervención de éste en un caso concreto, así como la conducta del sujeto o sujetos, también extraños al órgano, frente a quienes se ha requerido esa intervención”.

La Real Academia Española<sup>9</sup> define a los principios como “Cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes”. En nuestro caso hablamos de los “principios del Derecho”, como lo expresa Peyrano<sup>10</sup>: “las tesis construidas en derredor de los principios generales del Derecho no sólo suelen estar impregnadas de un subjetivismo reñido con la investigación científica, sino que sus mentores están animados de un particular espíritu intransigente, contrario a toda conciliación y renuente a cualquier raciocinio que no concuerde con la postura sostenida a ultranza”.

Centrándonos en los principios a desarrollar, el primero en abordar será la tutela judicial efectiva, la cual es el derecho fundamental de toda persona de acceder a tribunales independientes en procura de Justicia proclamado en el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el art. XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. La tutela judicial efectiva presenta contenidos plurales que se desenvuelven desde el acceso a la jurisdicción, se manifiestan a lo largo del proceso de declaración y se extienden aún a la etapa de ejecución del mandato judicial. Luego vendrá la intermediación que importa asegurar que el juzgador tenga el mayor contacto personal con los sujetos y la prueba de la causa durante el trámite, a los fines de la mejor resolución del conflicto.

Así la buena fe y lealtad procesal constituyen el principio de moralidad procesal que es necesario preservar en todo proceso, e imprescindible hacerlo en el ámbito de un proceso de familia donde no se puede ganar posiciones valiéndose de argucias o engaños. Se trata de deberes jurídicos de contenido ético que pesan sobre las partes y que el juez debe asegurar en el trámite de estos procesos, previniendo y sancionando todo acto contrario al principio de moralidad.

Con respecto a la Oficiosidad en el marco de los procesos de restricciones a la capacidad se consagra el deber de ordenar oficiosamente las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona, debiendo indicar qué actos requieren la asistencia de uno o varios apoyos y cuales la representación de un

---

9 Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, Ed. del tricentenario, <http://lema.rae.es/drae/?val=Principios>

10 Peyrano, Jorge W., Los principios generales del Derecho: Concepto jurídico de difícil y necesaria comprensión, en Revista del Colegio de Abogados de Rosario, Año VI, N° 9, 1974, Pág. 8

curador<sup>11</sup>, lo que importa una tutela preventiva oficiosa. El juez de familia debe ser un juez activo, director del proceso, que ejerce sus amplios poderes-deberes. El principio de oficiosidad comprende las facultades del juez en materia de prueba, las medidas ordenatorias e instructorias (incluyendo el impulso de oficio) y la limitación del principio de disposición de los hechos y del proceso.

El principio de Oralidad se trata de una estructura procesal basada en la escritura para los actos de postulación y en la oralidad para la etapa probatoria, que se inicia con la audiencia preliminar y concluye con la audiencia donde se recibe la prueba.

En el acceso limitado al expediente en materia de procesos de familia, el Código propugna un sistema opuesto al sistema de publicidad, inclinándose por el “sistema de reserva”, que se compatibiliza mejor con la característica privada y personalísima de los intereses en juego; de allí que se establezca un acceso limitado al expediente que debe entenderse extendido a la privacidad de las audiencias y a la consulta del protocolo para preservar efectivamente el derecho que es su fundamento. El principio de “acceso limitado al expediente” debería reemplazarse más bien por el más comprensivo de “privacidad”<sup>12</sup>, por oposición al principio de publicidad que gobierna los procedimientos judiciales comunes, pues éste no se agota con la limitación de aquel acceso, sino que impone la celebración de audiencias en forma reservada<sup>13</sup>, la supresión de los nombres de las partes en las sentencias dadas a publicidad<sup>14</sup> y las notificaciones bajo sobre cerrado<sup>15</sup>.

Por personas vulnerables entenderemos lo expuesto en las “100 Reglas de Brasilia”<sup>16</sup>, dirigidas a la actividad jurisdiccional para permitir el pleno goce de los servicios del sistema judicial, que señalan como finalidad “*garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las persona en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna*” (Regla 1). En la Regla 3 se establece que componen esa categoría “... *aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales*

---

11 Art.34 CCyC. “Durante el proceso, el juez debe ordenar las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona. En tal caso, la decisión debe determinar qué actos requieren la asistencia de uno o varios apoyos, y cuáles la representación de un curador. También puede designar redes de apoyo y personas que actúen con funciones específicas según el caso”.

12 Kielmanovich, Jorge L., “Los principios del proceso de familia”, N°1, Rubinzal Culzoni, 2002.

13 art. 125, inc. 1°, CPCCN

14 art. 164, CPCCN

15 art. 139, CPCCN

16 Las “100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad” fueron aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en la reunión celebrada del 4 al 6 de marzo de 2008. Ver [www.cumbrejudicial.org/web/guest/110](http://www.cumbrejudicial.org/web/guest/110).

*dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”.*

Al enfocarnos en la resolución pacífica de los conflictos estamos hablando de la mediación y la conciliación que son instrumentos esenciales para la autocomposición del conflicto familiar, pues el proceso constituye la *ultima ratio* en la búsqueda de la paz individual y social.<sup>17</sup> La resolución pacífica de los conflictos es de la esencia del derecho y no existe ninguna norma procesal que busque una resolución que no sea pacífica. Cuando el Código hace alusión a ella se está refiriendo a la preferencia de la autocomposición de los conflictos por sobre la imposición de una resolución adversa.

La especialización involucra dos aspectos del proceso de familia. El primero apunta a reservar, para los tribunales competentes en la materia, la exclusividad de aspectos vinculados a los conflictos esencialmente familiares dejando de lado otras cuestiones, propias del derecho común, aunque los reclamos se planteen entre cónyuges, quienes lo fueron o parientes. En el segundo aspecto, la “especialización” se vincula a la idoneidad técnico-jurídica que se exige a los operadores jurídicos, así como el necesario entrenamiento en la especialidad.

El interés de los niños, niñas y adolescentes involucra procesalmente dos derechos fundamentales: a) el derecho a ser oídos en toda cuestión que involucre sus intereses y b) el derecho a la defensa técnica a través de un patrocinio letrado propio, como se observa en el art. 707 CCyC.<sup>18</sup>

Se trata de que su opinión pueda ser valorada de conformidad con su edad y el grado de madurez, lo que involucra el principio de autonomía progresiva.

Los principios relativos a la prueba consagran los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba y distribuye la carga de la prueba de los hechos sobre el litigante que se encuentre en mejores condiciones de producirla.

Se establece una distribución subjetiva del esfuerzo probatorio basada en la mayor facilidad en el aporte de los elementos de convicción. Tal reparto constituye lisa y llanamente la regla general de distribución de la carga de la prueba conforme el criterio de facilidad en su aportación, que es aplicable a todos los procesos de familia, se planteen o no dificultades probatorias específicas. Se trata de una regla específica para los procesos de familia, de carácter general, con incidencia en la carga subjetiva y

---

17 Cecchini, Francisco Carlos, El proceso de familia, Santa Fé, Ed. Panamericana, 2006, p. 42.

18 Art. 707. Participación en el proceso de niños, niñas, adolescentes y personas con discapacidad. “Los niños, niñas y adolescentes con edad y grado de madurez suficiente para formarse un juicio propio, y las personas mayores con capacidad restringida tienen derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta en todos los procesos que los afecten directamente. Deben ser oídos por el juez de manera personal, según las circunstancias del caso”.

objetiva, y que consagra el deber de colaboración y solidaridad en el aporte de la prueba en los procesos de familia.<sup>19</sup>

#### **4. Introducción:**

El tema a desarrollar pertenece a la Rama del Derecho Privado, y dentro del mismo al área del Derecho de Familia.

Luego de haber abordado y finalizado la materia de Derecho de Familia, supe, con tantísimas horas de estudio sobre mi persona y con lo mucho que me costó y lo mucho que me gustó, que ésta iba a ser el área elegida para finalizar mi carrera.

El tema de los Principios Procesales dentro de las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercial fue orientado por mi tutor y ambos coincidimos en que se trataba de una cuestión sumamente interesante sobre la cual escribir, ya que lo reciente de la sanción del mismo y la fantástica incorporación de aquellos resultó atractiva de tratar.

Pensar en el rol que en la actualidad está llamado a cumplir un juez de familia implica analizar dos variables trascendentales: por un lado, la modificación producida en la normativa nacional a partir de la internacionalización, o globalización, de los derechos humanos, y por otro, la transformación y aumento de litigiosidad que en el presente sufren los Juzgados de Familia, indudablemente ligada a la primera.

Estos hechos han provocado, a su vez, la reformulación de los principios procesales del derecho familiar. Con relación a estos, y partiendo de la base de que todo el procedimiento civil ha recibido importantes innovaciones que tienen que ver con la oralidad, la intermediación y el activismo de los magistrados durante el proceso, entendemos que los jueces de familia se enfrentan a un desafío mayor: el de constituirse en jueces de los derechos humanos de ciertas personas en situación de vulnerabilidad social.<sup>20</sup>

En lo estrictamente procesal se sugiere una organización judicial especial y un procedimiento diferente del civil. Ello así pues en el proceso civil son las partes las que exclusivamente fijan la plataforma fáctica de la cuestión litigiosa y proponen los medios de prueba, en tanto el juez debe limitarse a resolver en base a los hechos propuestos y

---

19 De los Santos, Mabel A., "Las cargas probatorias dinámicas en el Proyecto de Código Civil y Comercial", en Peyrano Jorge y otros, Nuevas herramientas procesales, Bs. As., Rubinzal Culzoni, 2013, p. 383.

20 Raffo, Pablo Ernesto, "El rol del juez de familia a la luz de los cambios legislativos", Derecho de las familias, infancia y adolescencia, Pág. 43, 2014

efectivamente probados. Es propio de esta regulación además el poder dispositivo que tienen actor y demandado para acordar, transar o confesar los hechos o litigios con amplitud y efecto vinculante. Por el contrario en el juicio familiar la naturaleza de los intereses en juego se vinculan fuertemente con el orden público interno del Estado y en consecuencia exceden el sistema dispositivo clásico de partes en conflicto. Por tal motivo tanto el derecho de fondo como las reglas procesales muestran una idiosincrasia propia que aparta el asunto de un esquema estrictamente contencioso, dominado por instancias adversariales, y el trámite se encamina a desactivar la contienda e inducir a las partes para que obtengan soluciones consensuadas para recomponer el orden familiar. Por ello acertadamente se ha expresado que su fin no es el logro de un triunfo personal de uno de los contendientes sino que tiende a proteger las relaciones de familia y evitar situaciones de conflicto<sup>21</sup>. Es decir se propone un distinto modo de litigar que tiende a obtener una solución acordada y que sea la que más convenga a los intereses del grupo<sup>22</sup>.

En resumen el presente trabajo tiene por fin mostrar a modo de hipótesis que la incorporación de principios procesales de raigambre constitucional e internacional al Derecho de Familia resultan orientadores y puntapiés iniciales para ser considerados por las provincias al momento de legislar procesalmente o modificar sus Códigos.

Es así que en la actualidad el derecho de familia adquiere gran movilidad por la incidencia de nuevos fenómenos sociales que deben ser captados por el derecho, adoptados por los jueces y llevados a la práctica durante todo el estadio procesal hasta la decisión final.

Como objetivos del trabajo en cuestión podemos mencionar el hecho de analizar la norma de fondo, específicamente el derecho de familia, y puntualmente describir y desentrañar los orientes procesales fundamentales que lo regían desde siempre pero que actualmente lo rigen al incorporarlos el legislador en la novedosa normativa. Asimismo interpretar el sentido de dicha incorporación de forma a una legislación de fondo, que bien sabemos no es lo habitual encontrar.

---

21 Ferreyra de De la Rúa, Angelina y Bertoldi de Fourcade, María Virginia, Régimen..cit., pág. 15.

22 Ferreyra de De la Rúa, Angelina y Bertoldi de Fourcade, María Virginia, Régimen..cit., pág. 15.

## **CAPÍTULO I**

### **“EL DERECHO DE FAMILIA. ENFOQUE PROCESAL MODERNO”**

**Sumario: 1-Introducción 2- Los Tribunales de Familia 3- Enfoque procesal 4- Conclusión**

## **1. Introducción:**

El derecho de familia tiene como fin regular las relaciones familiares y obtener una solución pacífica a los conflictos en tales relaciones. La actuación de este derecho supone su realización indirecta por intermedio de los organismos jurisdiccionales.

Esta distinción, que se corresponde con la clásica entre derecho de fondo y derecho procesal, adquiere significativas particularidades en el derecho de familia.

La regla es que las normas sustanciales se encuentran en los Códigos de fondo y corresponden a la legislación del Congreso de la Nación. Sin embargo el ámbito de la normativa familiar se conforma hoy por reglas de diferente jerarquía, incluidos los Tratados incorporados con rango constitucional, que rige tanto en las relaciones sustantivas de derecho de familia como en los sistemas procesales para el abordaje de los conflictos que se generan. Ello determina una zona de confluencia, en la que es común encontrar normas procesales en la legislación sustantiva, a la par de una amplitud de facultades del órgano jurisdiccional local (como es el de familia) que no es común en las otras ramas (civil, comercial), pues se prioriza la solución del conflicto.

En lo que a la regulación específicamente procesal se refiere, se advierten significativos cambios, aunque prevalecen aún como reglas de procedimiento las clásicas de los Códigos procesales dirigidas al tratamiento de asuntos patrimoniales. Esto determina una gran heterogeneidad legislativa, por encima de la cual se desenvuelven principios rectores que son los que proporcionan elementos orientadores a la hora de dictar o aplicar el derecho.

## **2. Los Tribunales de Familia:**

Los tribunales familiares cumplen una función jurisdiccional diferente. Se rigen por normas de organización y procedimiento especiales que regulan las vías atendiendo a la naturaleza de la cuestión y proveyendo además al cumplimiento de una función docente que le es inherente y no escapa a la propiamente jurisdiccional sino que la complementa<sup>23</sup>. Así, esta función atípica será altamente beneficiosa para los cónyuges, la familia y también para la sociedad. La misión de los jueces de familia ha de ser pacificar el enfrentamiento, clarificar las posiciones de las partes y ordenar conductas a partir de la fijación de ciertos puntos.

La legislación debe ser adecuada para el mejor cumplimiento de sus fines y a ese efecto poner atención en el respeto de sus caracteres específicos. Para que existan tribunales

---

23 Ferreyra de De la Rúa, Angelina y Bertoldi de Fourcade, María Virginia, Régimen procesal del Fuero de Familia, Depalma Buenos Aires 1999, p. 4

especializados, es imperativo preservar la exclusividad de su competencia, la extrapatrimonialidad y a la especial idoneidad de los operadores.<sup>24</sup>

La exclusividad alude a la competencia material y sólo deben entender en asuntos personales derivados de las relaciones familiares y excluirse en la mayor medida aquéllas de puro contenido patrimonial. Sin embargo en forma excepcional deberán resolver aspectos patrimoniales cuando este no pueda escindirse de la relación familiar (vgr. alimentos o disolución de la sociedad conyugal o su liquidación). La especialización no surge solo de la exclusividad de la competencia, sino que se requieren aptitudes que no se refieren a los conocimientos propios y específicas que debe exhibir el juez o funcionario de familia sino además demostrar condiciones subjetivas de idoneidad apropiadas a la materia. Es decir que no se limita a un adecuado conocimiento del derecho de familia y sus reglas procesales sino también aptitud a fin de operar este tipo de cuestiones. En el mismo sentido, es importante que los tribunales cuenten con auxilio específicos de cuerpos interdisciplinarios integrados por asistentes sociales, psicólogos, médicos u otros profesionales.

### **3. Enfoque procesal:**

La relación jurídico procesal del juicio familiar es especial, y si bien actor y demandado aportan la plataforma fáctica inicial en sus postulaciones, y les cabe la iniciativa probatoria, esta última actividad es compartida con el juez al que se le reconocen poderes autónomos de investigación. En este sentido, el juez de familia es un verdadero director con amplios poderes de impulso y de prueba. Estos caracteres inciden en otros aspectos: se flexibiliza la regla de la congruencia, se desdibuja la categoría de carga procesal y pierde relevancia el instituto de la negligencia procesal.

Debe destacarse que los medios probatorios tienen mérito diferente que en otros ámbitos procesales. La confesión de los hechos carece de la eficacia convictiva que se le reconoce en otros ámbitos y se robustecen otros medios probatorios, cobrando relevancia trascendente la prueba de indicios y se da mayor amplitud a la testimonial<sup>25</sup>.

El derecho sustancial aplicable y las reglas procesales tienen íntima vinculación ya que es claro que uno está al servicio del otro y entre sí se complementan.

Los conceptos generales o particulares se reflejan en la actividad legislativa y se integran por la aplicación de principios propios del derecho de familia que determinan

---

24 Ferreyra de De la Rúa, Angelina, "El proceso de familia. Principios que lo rigen", Ponencias.

25 Es por estos motivos que Kielmanovich señala que la relación procesal en el ámbito familia se torna fuertemente anómala (Procesos de Familia Ed. Abeledo Perrot Bs. As. 1998 pag. 15 y ss).

la existencia funcional de un ordenamiento procesal específico. Sin embargo, en la mayoría de las jurisdicciones los conflictos de familia han sido y son aún actualmente tramitados con las pautas de los códigos procesales para la materia civil. Pero los requerimientos de la materia imponen en la aplicación de la ley positiva clásica una optimización a la luz de los principios específicos y propios del trámite familiar. Aunque lo óptimo es la creación de fueros específicos, su inexistencia no es óbice para que los asuntos sean tratados por los mismos jueces con competencia en asuntos civiles y pautas procedimentales de carácter dispositivo, pero respetando aquellos principios. Se puede utilizar las instituciones de los códigos adjetivos civiles y tener en cuenta los principios generales propios del proceso familiar. Solo así podrá lograrse un tratamiento adecuado de la cuestión litigiosa.

Ahora bien, los principios generales derivan las más de las veces de normas internacionales concretadas en garantías constitucionales<sup>26</sup>. Admitida la garantía constitucional el legislador no puede optar entre la afirmación positiva del principio general o su negación, tal como sucede con referencia a los tipos (o sistemas) procesales que generalmente se presentan apareados disyuntivamente, pues a diferencia de éstos que son neutros a toda consideración axiológica, los principios generales están fuertemente determinados por un criterio valorativo.

---

26 A título de ejemplo, v. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966: Art. 14, 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores. Convención contra la Discriminación de la Mujer, 1979: Artículo 161. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a) El mismo derecho para contraer matrimonio; b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento; c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución; d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos; f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; g) Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación; h) Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso.

Otras veces, se trata de principios que derivan de la relación lógica o funcional con los principios fundantes, o de los aportes de la doctrina y del derecho comparado. Las tendencias del moderno derecho procesal tienen, en este aspecto, una fuerte incidencia. El *desideratum*<sup>27</sup> es que el dictado del derecho positivo debe adecuarse entonces a esos principios que son los que prodigan al legislador o al juez los parámetros según las que serán, interpretadas o integradas. Ello no obstante, también los principios entonces operan en el marco de un sistema adversarial clásico, como directivas o líneas matrices dentro de las cuales ha de desarrollarse la actividad procesal.

#### **4. Conclusión:**

A los fines de esta propuesta se abordará el tema de los principios procesales propios del ámbito familiar contemplados en el Código Civil y Comercial desde ángulos diferentes: en primer término, los principios generales del proceso que inciden o determinan el trámite del juicio de familia (Tutela judicial efectiva, Inmediación, Buena fe y Lealtad Procesal, Oficiosidad, Oralidad y Acceso limitado al expediente); en segundo lugar, los dirigidos a gestionar la auto composición del conflicto (Acceso a la justicia, con el enfoque en las personas vulnerables y la Resolución pacífica de conflictos), así como la actividad y decisión del juez (Especialización, Apoyo multidisciplinario y el Interés superior del niño). Por último los que refieren a la actividad probatoria (Libertad, Amplitud y Flexibilidad, Carga probatoria dinámica y Prueba de oficio, y Testimonial), tratados separadamente de las reglas procedimentales por su directa vinculación con la solución del conflicto sustantivo y los poderes jurisdiccionales específicos del tribunal de familia.

---

27 Del lat. *desiderātum* 'lo deseado'. Aspiración, deseo que aún no se ha cumplido.

## **CAPÍTULO II**

### **“EL PROCESO DE FAMILIA”**

**Sumario: 1- Consideraciones generales en el Código Civil y Comercial 2- El juez, la ley, la interpretación y la mirada constitucional 3- Constitucionalización del derecho privado 4- Normas que contemplan la constitucionalización del derecho privado**

## **1. Consideraciones generales en el Código Civil y Comercial**

El Código Civil y Comercial pone de resalto la necesidad de que el juez resuelva los asuntos sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada (art. 3 CCyC)<sup>28</sup>, la cual deberá estar basada en una interpretación por parte de éste que permita una conexión entre las diversas fuentes existentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Así, por un lado, el art. 1 CCyC<sup>29</sup> dispone que en esta materia se tenga en cuenta la Constitución, tratados de derechos humanos, leyes y la finalidad de la norma y, por el otro, el art. 2 CCyC<sup>30</sup> impone que la ley sea interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos, los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

Lo explicado viene a reafirmar una meta de la reforma constitucional del año 1994 al incorporar con jerarquía constitucional diferentes instrumentos internacionales (art. 75 inc. 22 de la CN): la “retroalimentación” o “complementariedad” que circula entre la fuente interna e internacional del sistema de derechos. Se concilian en unidad de valores y de fines a los derechos reconocidos en la Constitución y en los diversos tratados internacionales que forman parte de nuestro derecho interno<sup>31</sup>.

Ahora bien, no puede dejar de señalarse que el eje central del nuevo Código Civil y Comercial consiste en el paradigma protectorio de tutela del más vulnerable, cuyo fundamento constitucional no es ni más ni menos que la igualdad, pero no una igualdad abstracta en la que los viejos códigos regularon los derechos de los ciudadanos, sino en una igualdad real. Nuestro Código considera a la persona concreta de acuerdo a su realidad social, política, cultural y económica.

En esta línea de pensamiento, Bidart Campos enseña que para preservar los derechos reconocidos por la Constitución, la interpretación de las leyes se ha de hacer de la

---

28 Art. 3°. Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

29 Art. 1°. Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, 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. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

30 Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

31 Bidart Campos, Germán José., Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo I-A, Nueva edición ampliada y actualizada a 1999-2000, Sociedad Anónima Editora, Comercial Industrial y Financiera, Buenos Aires, 2000, pág. 385/386.

manera más acorde a los principios y garantías constitucionales; los jueces deben interpretar las leyes de modo que concuerden con esos principios y garantías, teniendo que preferir, en la interpretación de la ley, la que mejor concilie con los derechos y garantías constitucionales; y hay que evitar que la aplicación mecánica e indiscriminada de las normas conduzca a vulnerar derechos fundamentales de las personas<sup>32</sup>.

Entonces, la interpretación de los jueces antes referida basada en una comunicación vital entre diferentes fuentes –Constitución Nacional, tratados de derechos humanos, leyes y la finalidad de éstas– tiene que tener como meta necesariamente tal igualdad y, en definitiva, lo que impone el preámbulo de nuestra Constitución Nacional, *afianzar la justicia*.

## 2. El juez, la ley, la interpretación y la mirada constitucional.<sup>33</sup>

El Código cuenta con un título preliminar, cuyo principal aporte es el proveimiento de reglas que confieren una significación general al compendio; constituye un núcleo que sirve de marco para el análisis, la interpretación y la integración de las posibles lagunas<sup>34</sup>. Se propicia un diálogo de fuentes con la utilización de reglas, principios y valores que emanan del ámbito constitucional nacional y supranacional.

En referencia a las fuentes, si bien claramente la ley es el punto de partida para la interpretación (subsunción jurídica mediante) se establece la posibilidad de recurrir a los usos, prácticas y costumbres.

¿Cómo se interpreta la ley? Primero en función de la literalidad del texto legal, pero también según la finalidad tenida en cuenta por la regla, lo cual permite un desligamiento del origen histórico y la posibilidad de adaptación a la circunstancia fáctica contemporánea a la aplicación, disminuyendo la necesidad de ajustes legislativos. Igualmente, el art. 2 indica recurrir a las leyes análogas<sup>35</sup> y a las directrices constitucionales seguidas en la interpretación jurisprudencial de los tratados sobre

32 Bidart Campos, Germán José, op. cit., pág. 385.

33González de Vicel, Mariela, "El rol del juez de familia en el Código Civil y Comercial", Infojus, 28/07/2015

34 Lorenzetti, Ricardo L., "Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", en Revista Jurídica La Ley, 23/04/12; y "Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación", en Revista Jurídica La Ley, Suplemento especial, 07/10/14.

35 Conforme los Fundamentos: "Se mencionan las leyes análogas, que tradicionalmente han sido tratadas como fuente y aquí se las incluye como criterios de interpretación, para dar libertad al Juez en los diferentes casos. Ello tiene particular importancia en supuestos en los que pueda haber discrepancias entre la ley análoga y la costumbre, como sucede en el ámbito de los contratos comerciales".

derechos fundamentales, sean emanadas de los órganos superiores locales, sean los competentes a nivel internacional, al igual que los principios y valores que también conforman el derecho como compendio de regulación social.

Los principios proporcionan mandatos que armonizan las distintas pautas utilizadas en la interpretación jurídica, superando lagunas o contradicciones, y optimizando las posibilidades que brinda el sistema.

Los valores, finalmente, son la base ética de la Nación, aquellas convicciones con consenso social que se presentan generalmente con un antitético (ejemplo: la solidaridad, la paz, la libertad y sus opuestos, la indiferencia, la guerra, la esclavitud, etc.).

El texto de los arts. 1 y 2 otorga herramientas suficientes para preservar la ley y no destruirla, y ello importa la exigencia de no pronunciarse por la inconstitucionalidad de una norma si puede ser interpretada en armonía con la Constitución, criterio que la CSJN ha sostenido desde tiempos lejanos, restringiendo el quehacer judicial en ese sentido<sup>36</sup>. La fuente será la ley, interpretada de conformidad con principios jurídicos y valores socialmente relevantes, considerando las decisiones de los organismos competentes para el análisis de las reglas constitucionales. La particularidad es que este esquema interpretativo mantiene la regla de no declarar la invalidez de una disposición legislativa si esta puede ser aplicada, cuando menos, en dos sentidos posibles, siendo uno de ellos conforme con la Constitución.

El art. 3, por su parte, requiere que el juez dirima los asuntos que caen bajo su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada. Para llenar ese recaudo, la resolución judicial deberá contener los argumentos jurídicos respetando la subsunción de los hechos al derecho, con estricta adecuación a los mandatos constitucionales y convencionales emergentes de la Constitución Argentina, muy especialmente los vinculados a los tratados constitucionalizados (art. 75. inc. 22 CN), y la jurisprudencia emanada de la aplicación de dichos instrumentos.

---

36 Fallos 288:325; 290:83; 292:190; 301:962; 324:3345, 4404; 325:645

### **3. Constitucionalización del derecho privado**

A fin de que el intérprete pueda ejercer su tarea a tono con los objetivos y fundamentos de los juristas que formaron parte de la comisión de trabajo que intervino en la elaboración del Anteproyecto de Código Unificado, es oportuno transcribir una porción de lo explicitado por la Comisión para la Reforma designada por decreto 191/2011, en lo tocante a los aspectos valorativos. Se dijo que:

*Constitucionalización del derecho privado. La mayoría de los Códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. En nuestro anteproyecto, en cambio, tomamos muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado.*

### **4. Normas que contemplan la constitucionalización del derecho privado**

Se observa que en varios artículos se normativizaron derechos de raigambre constitucional, a la par que la redacción amplia y llana de los textos con su claridad conceptual se traduce en una obligada puesta en práctica de los derechos fundamentales. Por caso, cabe mencionar la garantía constitucional del niño dada por su derecho a ser oído y a que su opinión sea considerada en los asuntos de su interés<sup>37</sup>, volcada en el art. 26, de singular importancia en tanto también incorpora la autonomía progresiva del art. 5 de la Convención<sup>38</sup>. Al establecerse allí que: "La persona menor de edad tiene derecho

---

37 Art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

38 Art. 26.- Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

a ser oída en todo proceso judicial que le concierne", entendiendo al proceso como una integralidad en la que el fin es el dictado de una norma individual, no podría haber duda alguna en cuanto a la citación del menor de edad para poner a disposición ese derecho, en todas las instancias judiciales que el mismo atravesase. Dicho de otro modo, en función del art. 26 existe un deber judicial ineludible para todos los magistrados de cualquiera de las instancias que aborden los conflictos familiares: cumplir el art. 12 CDN. La obligación se mantiene de manera expresa, entre otros, en los artículos 595.f, 609.b, 613, 617, 626.d, 639.c, y, como regla general para todos los procesos, en el art. 707.

Lo mismo acontece con el derecho a la identidad, establecido en el art. 8 CDN. Se traduce normativamente en una acción autónoma de acceso al conocimiento de los orígenes (art. 596 para la adopción), o a ser informado sobre el tópico en los supuestos de técnicas de reproducción asistida (art. 564). Ambas reglas resultan muestras claras de la constitucionalización del derecho de familia que el juez habrá de enaltecer, garantizándose a la persona menor de edad el acceso, aun cuando ella no cuente con la edad legal presumida para ejercer sus derechos autónomamente, si en función del art. 26 citado puede advertirse que sí tiene la madurez suficiente.

---

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Se presume que el adolescente entre TRECE (13) y DIECISÉIS (16) años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los DIECISÉIS (16) años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

### **CAPÍTULO III**

#### **“EL PROCESO CIVIL. LOS PRINCIPIOS PROCESALES”**

**Sumario: 1- El proceso: Concepto 2- Normas formales en la norma de fondo. 3- El proceso de familia en el Código Civil y Comercial.**

## **1. El proceso: Concepto**

Se puede hablar de "proceso" con referencia a un sistema compuesto por una serie de actos de las partes, del órgano judicial y de terceros realizados en forma sucesiva, con la finalidad de lograr la actuación del derecho para satisfacer una pretensión aducida por quien posee determinados intereses, mediante una declaración emanada de quien representa una porción del poder estatal<sup>39</sup>.

Desde el ámbito de la teoría general del derecho, Palacio lo define como “el conjunto de actos recíprocamente coordinados entre sí de acuerdo con reglas preestablecidas, que conducen a la creación de una norma individual destinada a regir un determinado aspecto de la conducta del sujeto o sujetos, ajenos al órgano, que han requerido la intervención de éste en un caso concreto, así como la conducta del sujeto o sujetos, también extraños al órgano, frente a quienes se ha requerido esa intervención”<sup>40</sup>.

Para María Bertoli de Fourcade<sup>41</sup> el Código Civil y Comercial propone una reforma integral del derecho privado a fin de ajustar la normativa a mandatos constitucionales a partir de lo que se ha llamado la «constitucionalización del derecho de familia». Se asume que quien legisla es testigo de su tiempo y se plantean lineamientos básicos que servirán de base a posteriores regulaciones cuando resulten necesarias.

## **2. Normas formales en la norma de fondo**

Un ámbito en el que las modificaciones sociales, en la última década del siglo XX y en la que transitamos del XXI, son innegables 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. Los códigos de fondo en la materia familiar siempre han contenido en su texto normas adjetivas. Este perfil se refuerza a partir de la necesidad de asegurar el ejercicio efectivo de los derechos a partir de la impronta que marca el bloque constitucional (art. 75, inc. 22, CN).

Como 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

---

<sup>39</sup>González de Vicel, Mariela, “El rol del juez de familia en el Código Civil y Comercial”, Infojus, 28/07/2015

<sup>40</sup>Palacio, Luis Enrique., Manual de Derecho Procesal Civil, 18° Edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, pág. 52

<sup>41</sup>Bertoli de Fourcade, María V., “El conflicto de familia y el derecho procesal”, Microjuris, 2012, “Procedimiento de familia y el proyecto de código unificado”.

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<sup>42</sup>. 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»<sup>43</sup>. 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 divisoria<sup>44</sup>.

En este sentido la Corte Suprema 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»<sup>45</sup>.

Evidentemente, la inclusión de reglas procesales en un Código de fondo es trascendente, pues opera como elemento unificador para el tratamiento de las cuestiones familiares en todo el país. Y ello es relevante pues las provincias tienen dispares sistemas procesales para dirimir los conflictos familiares: algunas cuentan con tribunales especializados y otras no; algunas tienen procesos orales y otras han regulado procesos prevalentemente escritos, cuando para la adecuada tramitación de estas causas se requiere de principios y reglas diferentes de las que son propias del resto del proceso civil. Esta inclusión sistematizada de normas adjetivas es ajena al Código de Vélez Sarsfield, con las pocas excepciones relativas a la definición y alcances de la cosa juzgada y del valor probatorio

---

42 Conf. Palacio, Lino Enrique, Derecho procesal civil, T. I, Bs. As., Abeledo Perrot, segunda edición, quinta reimpresión, 1994, p. 30.

43 Ib., p. 42

44 Ib., p. 45

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

de los instrumentos públicos y privados. El texto encuentra su antecedente más próximo en el Proyecto de Código unificado de 1998; aunque este último limitaba la regulación procesal a los caracteres específicos de las acciones de Estado y de los efectos de las sentencias.<sup>46</sup>

### **3. El proceso de familia en el Código Civil y Comercial**

En este punto, el CCyC 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 que, siguiendo el criterio metodológico planteado en toda la propuesta, 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 efecto, el derecho sustancial familiar requiere que se respeten las directivas que se fijan como patrones ineludibles que se deben seguir en el proceso.

El libro segundo, título VIII señala, en primer lugar, la necesidad de transitar el proceso de familia de manera que se facilite el acceso a la justicia, en especial de los más vulnerables y se asegure que sean oídos los niños, niñas y adolescentes y que su interés sea prioritario; lo mismo se predica de las personas con discapacidad de modo que se participe del proceso en su caso. Se toma así el mandato del art. 75 inc. 23 CN, de las convenciones vinculadas a la situación de las personas con discapacidad arts. 3 y 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño y de las 100 Reglas de Brasilia que así lo propician. Dichos principios del proceso de familia tienen también la finalidad de actuar en el conjunto legislativo como pautas de interpretación e integración normativa. El artículo 706 destaca especialmente los siguientes principios regulatorios de los procesos de familia: tutela judicial efectiva, inmediatez, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. Asimismo, señala que las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables y la resolución pacífica de los conflictos. Se establece que los jueces deben ser especializados y contar con apoyo

---

46 De Los Santos, Mabel A., “Los procesos de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, I. Introducción y fundamento de la inclusión de las normas procesales, Rubinzal Culzoni, 2014.

multidisciplinario para el abordaje del conflicto familiar, distinto del que corresponde a lo puramente patrimonial. Finalmente, el texto indica que las decisiones que involucren a niños, niñas o adolescentes deben estar presididas por la consideración del interés superior de estas personas.

## **CAPÍTULO IV**

### **“LOS PROCESOS DE FAMILIA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL”**

**Sumario:** 1- Introducción 2- El conflicto familiar 3- Principios rectores de los procesos de familia

## 1. Introducción

Las leyes determinan el alcance de la actuación de quienes componen los procesos (partes, órgano, terceros) en algunas ocasiones desdoblando la atribución de funciones (delegación del poder de las provincias), en otras siendo un único actor estatal el que determina las actividades que son alcanzadas (facultades no reservadas) de acuerdo a lo que emana de los arts. 5º, 7º, 8º, 31, 75, incs. 12, 22 y 23, 121, 122, 126 CN<sup>47</sup>

Aunque se cuestionó la inclusión de normas de índole procesal en el derecho de fondo, sobre su constitucionalidad la CSJN dijo: “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”<sup>48</sup>.

Se advierte, entonces, que no existe obstáculo constitucional para que, en consonancia con la necesidad de reconocer los perfiles propios del conflicto familiar que llega a los tribunales, el Código Civil y Comercial incorpore disposiciones referidas a los procesos de familia. La inclusión sistematizada de normas de naturaleza adjetiva, es totalmente ajena al Código de Vélez Sarsfield y encuentra su antecedente más próximo en el proyecto de Código unificado de 1998, aunque este se limitaba a destacar los caracteres específicos de las acciones de estado y los efectos de las sentencias.

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, sino que se establecen principios generales que han de iluminar la regulación adjetiva del litigio de familia y su práctica; estas se dirigen al juez y al legislador.

---

47 Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, Directores Herrera Marisa, Caramelo Gustavo, Sebastián Picasso, Comentarios Tomo II de Mariela González de Vicel. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 1ª Ed., 2015

48 CSJN, “Correa, Bernabé c/ Barros, Mariano R.”, 1923, Fallos: 138:157.

Actualmente, el Código sigue la misma senda legislativa, pero amplía el catálogo de principios procesales, en el entendimiento de que su regulación en la legislación de fondo evitará regímenes dispares que pudieran conculcar derechos constitucionales.<sup>49</sup>

La necesidad de protección de esos derechos fundamentales y la especial conexión existente entre el Derecho sustancial y el adjetivo hacen necesaria la introducción de las mentadas reglas procesales. Así, se ha dicho<sup>50</sup> que la naturaleza instrumental no disminuye la importancia del Derecho Procesal; por el contrario los operadores jurídicos no deben olvidar que el proceso señala *el momento crucial de la tutela de los derechos*.

No resulta óbice para ello que nuestro país haya adoptado un sistema federal, en el cual la atribución de legislar en materia procesal pertenece en principio a las provincias. Advertía acertadamente Palacio<sup>51</sup> que estas facultades de los órganos legislativos provinciales deben ser entendidas sin perjuicio de las normas de índole procesal que puede dictar el Congreso con el fin de asegurar la efectividad del ejercicio de los derechos que consagra la legislación de fondo. En definitiva, esta regulación procesal en la legislación de fondo coadyuva a la tutela judicial efectiva largamente reclamada. La previsión de estos principios implica sustraer, a la autonomía de las legislaturas provinciales, determinadas cuestiones adjetivas, a fin de lograr una normativa unificada sobre los procesos de familia en todo el territorio nacional: Es posible sostener que, en rigor, se establecen normas idénticas al Derecho Procesal de siempre, pero enriquecido por un método que se sostiene en la idea de eficacia del sistema judicial.

El Código traduce así el Derecho de Familia en directivas rituales mínimas e idénticas que contribuyen a que, mediante las formas, no se vulneren derechos previstos en el bloque de constitucionalidad federal.

## **2. El conflicto familiar**

El conflicto familiar<sup>52</sup> demanda soluciones específicas que difieren de los restantes pleitos civiles. De ahí que en los procesos de familia, el judicante posee una función tuitiva que le impone participar activamente acompañando a las partes en la búsqueda de la mejor resolución de su conflicto.

---

49 CCyC Comentado, Director Ricardo Lorenzetti, Comentarios Marisa Herrera, Rubinzal Culzoni

50 Kemelmajer de Carlucci, Aída, Principios procesales del Derecho Procesal de Familia contemporáneo, en Revista de Derecho de Familia, N° 51, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, p. 295.

51 Palacio, Lino E., Derecho Procesal Civil, 2' ed., 5° reimp., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, t. I, p. 30.

52 CCyC Comentado, Director Ricardo Lorenzetti, Comentarios Marisa Herrera, Rubinzal Culzoni

Así, se ha dicho que los litigios familiares se traducen en una tensión que moviliza pretensiones captadas por el ordenamiento jurídico, que exige una respuesta de la administración de justicia. En suma, las cuestiones de familia son conflictos diferenciados para los que se propugna una tutela preferencial, teniendo en cuenta que encierran situaciones cuya solución generalmente escapa a lo estrictamente jurídico<sup>53</sup>.

En esa línea de pensamiento, prestigiosa doctrina<sup>54</sup> apunta que "los conflictos familiares, por la singularidad y complejidad de las causas que los desencadenan, tanto como por las pasiones y enconos que casi siempre desatan entre sus protagonistas, encierran situaciones y entuertos humanos, antes que jurídicos. Tienen toda la dimensión y presentan la riqueza de matices de lo humano. Las soluciones escapan casi siempre a lo estrictamente jurídico, al menos a lo que se entiende por 'soluciones jurídicas' tradicionales.

La herramienta para el ejercicio de la función jurisdiccional es el proceso, de modo tal que derechos-proceso-jurisdicción se enlazan para dotar de contenido a las normas jurídicas en su aspecto práctico. El proceso, como medio de actuar el derecho, se estructura para solucionar conflictos jurídicos pero no siempre existen partes antinómicas. Muchas veces es necesaria la intervención judicial sin contienda previa, como los casos en que se confieren autorizaciones, o se requiere dotar de fuerza ejecutoria a los acuerdos, entre otras formas de actuación no controversial. Los procesos donde se dirimen cuestiones vinculadas con el derecho familiar captan las tensiones y las pasiones de las relaciones humanas primarias. Exigen una respuesta o tutela diferenciada de las otras que se requieren de la administración de justicia, ya que mayormente se relacionan con la afectividad y, de un modo u otro, inciden en el porvenir de las personas que integran la familia. Las soluciones jurídicas reclamadas en los litigios que se llevan al fuero de familia son, en la mayoría de los casos, insuficientes si no se complementa su abordaje con el aporte de ciencias de la conducta, de modo tal que la multidisciplina o la interdisciplina tendrá un rol preponderante en este tipo de procesos. La tutela de los derechos aparece diferenciada no solo por la índole de los conflictos, sino por la condición de vulnerabilidad de los individuos que los protagonizan (niños, mujeres, personas con discapacidad). Ese contexto reclama de una administración de justicia activa, amparada en su ejercicio por reglas procesales y principios como la intermediación, la oralidad y la autocomposición del conflicto apelando

---

53 Cabrera de Dri, Elsa A., Características del proceso de familia. Principios y sistemas procesales, en Derechos de Daños. Daños en el Derecho de Familia, La Rocca, Buenos Aires, 2003, cuarta parte (B), ps. 59 y 95.

54 Berizonce, Roberto O., Derecho Procesal Civil actual, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 544.

a la conciliación. La administración de justicia en materia familiar necesariamente estará especializada, siendo que el rol principal del juez es el acompañamiento para gestionar la autocomposición o la sentencia, pero con el menor daño posible a los miembros de esa familia.

El CCyC propicia un diálogo de fuentes, con la utilización de reglas, principios y valores que emanan del ámbito constitucional nacional y supranacional. Las directivas de este Título, por lo tanto, no estarán ajenas, en su aplicación, a lo previsto en los arts. 1° y 2° CCyC (fuentes, aplicación e interpretación de la ley), ni a los principios generales, en especial el de buena fe (art. 9° CCyC). Esto significa que la fuente para la interpretación y dilucidación de los conflictos de orden procesal será la ley escrita, interpretada de conformidad con principios jurídicos y valores socialmente relevantes, tomando en consideración las decisiones de los organismos nacionales y supranacionales que tienen competencia en materia constitucional/convencional.

### **3. Principios rectores de los procesos de familia**

La Real Academia Española, en su quinta acepción define a los principios como “Cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes”. En nuestro caso hablamos de los “principios del Derecho”, expresión utilizada por los legisladores, juristas, magistrados y auxiliares del Derecho, sin embargo como lo expresa Peyrano<sup>55</sup>: “las tesis construidas en derredor de los principios generales del Derecho no sólo suelen estar impregnadas de un subjetivismo reñido con la investigación científica, sino que sus mentores están animados de un particular espíritu intransigente, contrario a toda conciliación y renuente a cualquier raciocinio que no concuerde con la postura sostenida a ultranza”.

Para otros, tal el caso de Díaz Couselo<sup>56</sup>, los principios son “juicios de valor, anteriores a la formulación de la norma positiva, que se refieren a la conducta de los hombres en su interferencia intersubjetiva, que fundamentan la creación normativa legislativa o consuetudinaria. Llambias enuncia que “los principios fundamentales de la legislación positiva que, aunque no se hallen escritos en ninguna parte, constituyen los

---

55 Peyrano, Jorge W., Los principios generales del Derecho: Concepto jurídico de difícil y necesaria comprensión, en Revista del Colegio de Abogados de Rosario, Año VI, N° 9, 1974, Pág. 8

56 Diaz Couselo, José María, Los principios generales del Derecho, Plus Ultra, Buenos Aries, 1971, p. 79

presupuestos lógicos de la norma legislativa”<sup>57</sup>. Ahora bien, específicamente, en materia procesal Podetti<sup>58</sup> destaca que los principios “no son absolutos, ya que no excluyen a su contrario”. Peyrano<sup>59</sup> señala que son “construcciones normativas jurídicas de índole subsidiario, producto de la más cuidadosa decantación técnico sistemática de las normas que regulan un proceso dado; no excluyentes, en general de sus antítesis lógicas o de las consecuencias de éstas; que contribuyen a integrar los vacíos que presente la regulación normativa donde ven la luz; pero cuya primera misión es la de servir de faro para que el intérprete, sea juez, legislador o tratadista, no equivoque el camino u olvide que toda solución procedimental propuesta debe armonizar con ella, so pena de introducir la incoherencia allí donde resulta más nefasta, es decir en el ámbito del proceso. Gozaini<sup>60</sup> explica que “el desarrollo del proceso permite observar un conjunto de principios que estructuran las denominadas reglas adjetivas del procedimiento, es el ritual, propiamente dicho, el reflejo de cómo se hace un proceso a partir de la orientación que fundamenta cada sistema jurídico procesal. Son principios porque deben estar siempre presentes. Más que reglas técnicas, son imperativos de la conducta que guía el procedimiento de jueces y abogados. Por eso, también se pueden presentar como garantías procesales.

González de Vicel<sup>61</sup> en su doctrina señala que los principios procesales son pautas que se formulan con un grado de abstracción que impide suministrar la solución exacta del caso, pero orientan, regulan, direccionan o cohesionan la actividad creadora del juez cuando el supuesto fáctico no se encuentre legislado (lagunas) o la solución se presente subsumible en más de una norma (contradicción). Brindan determinados orientes de carácter general con el objetivo de dar cabal cumplimiento a las garantías constitucionales de los involucrados en los litigios y hacer posible la satisfacción más plena posible de los derechos. Se los definió como “...líneas directrices u orientadoras que rigen el proceso y el procedimiento, plasmando de este modo una determinada política procesal en un ordenamiento jurídico determinado y en un momento histórico dado”

---

57 Llambias, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil argentino. Parte General, Perrot, Buenos Aires, 1975, t I, p. 117

58 Podetti, Ramiro J., Teoría y técnica del proceso Civil, Ediar, Buenos Aires, 1963, p. 73

59 Peyrano, Jorge W., El proceso Civil. Principios y fundamentos, Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 49

60 p. 49

8 Gozaini, Osvaldo, Elementos de Derecho Procesal Civil, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 127

61 González de Vicel, Mariela, “El rol del juez de familia en el CCyC”, Infojus, 2015

Son de naturaleza procesal, en función de la importancia que para la efectivización de un derecho sustancial tienen los actos concatenados que conducen al pronunciamiento jurisdiccional.<sup>62</sup>

En tanto directriz que cumple una función correctora o integradora de las normas legales, resulta absolutamente válida la utilización de los principios como pauta de decisión ante un conflicto de intereses, plasmado con fundamentación razonada y razonable, siendo insuficiente a ese fin la sola mención del principio que se invoque. Cabe aclarar que la enumeración de principios no implica el establecimiento de jerarquías entre ellos, debiendo el juez ponderarlos de manera integral, y de ser necesario inclinarse por uno en desmedro de otro, recordar que eso no implica, en términos de análisis jurídico, la pérdida de vigencia del no escogido, sino tan solo un desplazamiento temporal para el supuesto concreto.

Tales principios lejos de ser absolutos, no son un fin en sí mismo, son dinámicos y deben interpretarse armónicamente con el derecho sustancial de una determinada sociedad en un tiempo dado, con el objeto de alcanzar una solución justa en un caso concreto, la *verdad jurídica objetiva*.

El nuevo Código Civil y Comercial tiene como médula central la defensa de los más vulnerables, así desarrolla una cantidad de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de éstos<sup>63</sup>. Además, manda a los jueces a realizar una interpretación a la hora de resolver que tengan como premisa la búsqueda una igualdad real y la defensa de los derechos humanos del sujeto.

En este marco, el proceso civil, en especial el de familia, debe complementarse en la búsqueda de la protección del más débil, alejándose de formalismos sin sentido que llevan a soluciones injustas, cuando son aplicados sin tener en cuenta las diferentes problemáticas sociales, políticas, culturales y económicas

En esta línea de pensamiento, parece oportuno recordar las palabras del jurista y filósofo alemán Gustav Radbruch, quien sostuvo que cuando *“la igualdad que constituye la*

---

62 Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, Directores Herrera Marisa, Caramelo Gustavo, Sebastián Picasso, Comentarios Tomo II de Mariela González de Vicel. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 1ª Ed., 2015

63 Lorenzetti, R. L., Código Civil y Comercial de la Nación, Introducción de Ricardo Luis Lorenzetti, Editorial Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2014, pág. 11.

*médula de la justicia es negada claramente por el derecho positivo, allí la ley no solamente es derecho injusto sino que carece más bien de toda naturaleza jurídica”.*<sup>64</sup>

Los principios generales<sup>65</sup> se encuentran establecidos en los arts. 705 a 710 (recogen las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia en condiciones de vulnerabilidad)<sup>66</sup>

Estos principios generales son:

1. Tutela judicial efectiva
2. Inmediación
3. Buena fe y lealtad procesal
4. Oficiosidad
5. Oralidad
6. Acceso limitado al expediente
7. Personas vulnerables
8. Resolución pacífica de los conflictos
9. Especialización y apoyo multidisciplinario
10. El interés superior de niños, niñas y adolescentes.
11. Relativos a la prueba.

---

64 Radbruch, G., *Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal*, Traducción de María Isabel Azareto de Vásquez, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1962, pág. 38.

65 Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Directores Julio Cesar Ribera y Graciela Medina. Tomo II, Libro II, Título VIII, Capítulo I, Mariela Panigadi. Primera edición. Buenos Aires. La Ley, 2014. Pág. 629 y ss.

66 Declaración de Brasilia. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 4, 5 y 6 de marzo de 2008.

## **CAPÍTULO V**

### **“TUTELA JUDICIAL EFECTIVA”**

**Sumario:1-El principio de la tutela judicial efectiva: Concepto 2- La tutela judicial efectiva en el CCyC 3- Aspectos que engloba la Tutela judicial efectiva: 3.i- Acceso a la justicia 3.ii- Resolución en tiempo y forma 3.iii- Medidas ejecutorias eficaces 3.iv- Tutela preventiva**

### **1. El principio de la tutela judicial efectiva: Concepto**

Es el primer y más relevante principio que se enuncia. Es como el derecho a la vida pero en materia procesal ya que la tutela judicial efectiva da vida y cauce a la petición procesal de la persona. Es un derecho fundamental que constituye una garantía del debido proceso adjetivo de toda persona a acceder a tribunales independientes en procura de justicia proclamado en el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el art. XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Pero donde está especialmente desarrollada es en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San Jose de Costa Rica). Su art. 8.1 establece más claramente su contenido, señalando que implica el derecho: a) a ser oído con las debidas garantías; b) a que el proceso se desarrolle dentro de un plazo razonable; y c) a ser juzgado por un juez o tribunal competente; independiente; e imparcial, establecido con anterioridad por la ley. A su vez, en el art. 25.1 de esta Convención dispone: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o 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 ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales”. En resumen se trata de una directriz reconocida como derecho humano, que involucra el derecho a la verdad y el indelegable deber de los jueces de remover obstáculos que impidan el acceso real e igualitario de los ciudadanos a los tribunales y la eficacia de la tarea jurisdiccional.

Asimismo en el Preámbulo de la Constitución Nacional se proclama entre los fines del gobierno, el de “afianzar la justicia”, y en concordancia en su art. 18 se garantiza la inviolabilidad de la defensa en juicio de las personas y de los derechos<sup>67</sup>.

Analizando el término algo es eficaz si logra producir efectos o modificaciones en aras de un interés o meta propuesta, y será efectivo si es observado y aplicado por sus destinatarios.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos al referirse a la efectividad en las decisiones judiciales afirmó que "la responsabilidad estatal no, termina cuando el juez emite la sentencia, pues se requiere que el Estado garantice los medios para ejecutar sus mandatos. En definitiva, el Estado (representado por el órgano judicial) no puede

---

67 Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Directores Julio Cesar Ribera y Graciela Medina. Tomo II, Libro II, Título VIII, Capítulo I, Mariela Panigadi. Primera edición. Buenos Aires. La Ley, 2014

permanecer inoperante en perjuicio de una de las partes; pues de lo contrario, la función judicial quedaría reducida a una mera declaración de principios o "a dar consejos"<sup>68</sup>.

La tutela judicial efectiva despliega sus efectos al acceder a la justicia, durante el desarrollo del proceso, y finalmente, al tiempo de ejecutarse la sentencia. Además comprende los siguientes derechos: a) a ocurrir ante los tribunales de justicia y a obtener de ellos una sentencia útil, b) a acceder a una instancia judicial ordinaria y a lograr un control judicial suficiente sobre lo actuado en sede administrativa; c) a un juez natural e imparcial; d) a la eliminación de las trabas que impidan u obstaculizan el acceso a la jurisdicción (el acceso a la justicia es receptado además en forma expresa, por lo que se tratará más abajo); e) a la interpretación de las normas reguladoras de los requisitos de acceso a la jurisdicción en forma favorable a la admisión de la pretensión evitándose incurrir en hermenéuticas ritualistas (*in dubio pro actione*); f) a que no se desestimen aquellas pretensiones que padecen de defectos que pueden ser subsanados; g) a la no aplicación en forma retroactiva de nuevas pautas jurisprudenciales con relación a los requisitos de admisibilidad, a fin de evitar situaciones de desamparo judicial; h) a peticionar y obtener tutela cautelar para que no se torne ilusorio el derecho que se defiende; i) al cumplimiento de todas las etapas del procedimiento legalmente previsto, el cual deberá asegurar la posibilidad del justiciable a ser oído, y a ofrecer y producir la prueba pertinente antes de dictarse la sentencia; j) a una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas; k) a impugnar la sentencia definitiva; l) a tener la posibilidad de ejecutar en tiempo y forma la sentencia y, por ende, a su cumplimiento por parte de la autoridad condenada; y m) al desarrollo del proceso en una dimensión temporal razonable.

Se plasma en la garantía de acceso a la justicia y el derecho a una sentencia eficaz y efectiva, dictada en tiempo útil, cuyos resultados sean concretos y satisfagan las expectativas sociales sobre el rendimiento del servicio de justicia.

Así con la aparición de intereses superiores, como el del niño o el de las personas vulnerables, éstos vinieron a remozar todo el sistema jurídico y obligaron a superar la bilateralidad tanto de los derechos a tutelar, como el deber de probarlos, morigerando el efecto del principio de congruencia y de carga de la prueba.

La jurisdicción que se despliega en conflictos que involucran cuestiones de familia se erige en una actividad estatal regida por la tutela judicial diferenciada, como variante de

---

68 Lorenzetti, Ricardo L., Código Civil y Comercial de la Nación, Introducción de Ricardo Luis Lorenzetti, Comentarios Marisa Herrera, Editorial Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires,.

la tutela judicial efectiva. Se manifiesta con la existencia de reglas propias y flexibles, funcionales a la complejidad de las situaciones o a las intervenciones en la urgencia, siempre considerando que lo que está en juego son los derechos esenciales de las personas.

Requiere la actuación de un juez activo, procedimientos flexibles, cargas probatorias distribuidas entre las partes, y aun para el juez, soluciones autocompuestas, acentuación de los deberes de colaboración de las partes, y flexibilización de la congruencia. Lo diferenciador de la tutela radica en el privilegio que el legislador otorgó a la protección de determinados derechos y se plasma tanto en el ámbito procesal como en el sustancial<sup>69</sup>.

## **2. La tutela judicial efectiva en el CCyC.**

Múltiples son los supuestos en los cuales el CCyC hace aplicación del principio de tutela judicial efectiva tratando de eliminar trabas que impidan acceder a los derechos.

Un ejemplo de ello es el art. 421 que admite que el matrimonio en art. de muerte pueda celebrarse ante cualquier juez o funcionario judicial, lo que permite hacer efectivo la libertad de casarse.

Otro ejemplo de la búsqueda de obtener tutela efectiva en el derecho de familia lo encontramos en la facultad que le otorga al juez el art. 440 para solicitar al obligado en el convenio regulador del divorcio que otorgue garantías reales o personales como requisito para la aprobación del convenio. Otra demostración del interés del legislador por lograr una tutela efectiva se pone de manifiesto en las facultades otorgadas al tribunal en los art. 441 y 442 para determinar la forma como se hará efectiva la compensación económica y su monto a fin de que esta no se torne en ilusoria.

En el art. 443 nuevamente se intenta lograr una tutela efectiva con respecto a la atribución del uso de la vivienda otorgando al juez posibilidad de determinar el plazo de duración, la procedencia y los efectos para atribuir el uso de la vivienda, así como la facultad de establecerlo de forma gratuita o mediante el pago de una renta. Iguales facultades tiene el juez para proteger la vivienda familiar en las uniones convivenciales.

---

69 Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, Directores Herrera Marisa, Caramelo Gustavo, Sebastián Picasso, Comentarios Tomo II de Mariela González de Vicel. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 1ª Ed., 2015

Dentro del régimen patrimonial del matrimonio la búsqueda de la tutela efectiva se advierte en la posibilidad de que el juez autorice a uno de los cónyuges a realizar los actos que requieran el asentimiento del otro, Arts 458 y 460.

En materia alimentaria para lograr una tutela judicial efectiva se otorgan al juez múltiples facultades entre ellas la posibilidad de fijar al responsable de incumplimiento reiterado de alimentos intereses superiores a las tasas más altas que cobre el BCRA, art. 552 y también se habilita al juez para imponer cualquier tipo de medida razonable para asegurar la eficacia de la sentencia (sobre el tema nos referimos a lo dicho en el capítulo de alimentos entre parientes.

Otra manera de obtener una justicia efectiva viene dada por el art. 557 que da derechos al juez a imponer al responsable del incumplimiento reiterado del régimen de comunicación medidas razonables para asegurar su eficiencia. Entre ellas se encuentran las sanciones conminatorias y las astreintes. Por otra parte en algunas provincias se podrá recurrir a los registros de personas que obstaculizan los lazos familiares, como en la provincia de Santa Cruz, Rio Negro o Mendoza.

Otra forma en la cual el código aplica el principio de tutela judicial efectiva se encuentra en el art 550, en cuanto dispone que puede disponerse la traba de medidas cautelares para asegurar el cumplimiento de alimentos.

Otro ejemplo de la búsqueda de la tutela judicial efectiva ante el incumplimiento de órdenes judiciales está dado por el art. 551 “Es solidariamente responsable del pago de la deuda alimentaria quien no cumple la orden judicial de depositar la suma que debió descontar a su dependiente o a cualquier otro acreedor.”

Marinoni<sup>70</sup> sostiene que el derecho a la tutela jurisdiccional no sólo garantiza la igualdad de acceso a la justicia, sino la efectiva protección del derecho material, del cual son deudores el legislador y el juez, quienes deben suministrar y aplicar los dispositivos que permitan la operatividad cabal del derecho material. Como dice Alexy<sup>71</sup> los derechos a procedimientos judiciales y administrativos son esencialmente derechos a una “protección jurídica efectiva”, la que involucra que el proceso garantice “los derechos materiales del respectivo titular del derecho”.

A modo de síntesis y antes de abocarnos a los aspectos específicos que abarca la tutela judicial efectiva, podemos decir que al ciudadano del siglo XXI no le basta que el Estado adhiera a convenciones internacionales sobre derechos humanos, ni que los

---

70 Marinoni, Luiz Guilherme, Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, Perú, Palestra, 2007, p. 220.

71 Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 472.

legisladores las plasmen en normas positivas, sino que requiere indefectiblemente que éstas sean efectivas. Así, de poco o nada sirve la adhesión a la Convención de Derechos del Niño, si no se provee un proceso efectivo para que éste sea adoptado y ejerza su derecho a vivir en una familia en lugar de vivir institucionalizado la mitad de su infancia.

Ahora nos centraremos específicamente en los aspectos englobados que sintetizados serían: la libertad de acceso a la justicia, es decir de petición; el derecho a proveimientos adecuados, es decir la obtención de una resolución de fondo en tiempo y forma con un pronunciamiento expreso debidamente motivado; y el cumplimiento de esa resolución judicial dada su obligatoriedad; y así también una tutela preventiva.<sup>72</sup>

### **3. Aspectos que engloba la tutela judicial efectiva**

#### **3.i- Acceso a la justicia**

El acceso a la justicia, conforme la Corte IDH, constituye una norma imperativa de derecho, que se integra con el derecho a ser oído, a rendir prueba, a que se dicte una sentencia dentro de un plazo razonable por parte de un juez independiente, pero también a que esa sentencia se cumpla. La garantía solo será posible si el proceso se desarrolla con celeridad, concentrando los actos y disminuyendo los gastos del proceso, pues ello hace a la economía procesal.

Además de la gratuidad de las actuaciones en materia no patrimonial y de una adecuada regulación y aplicación del instituto del beneficio de litigar sin gastos, debe considerarse la importancia de la dirección oficiosa de los procesos, en particular cuando está involucrado el interés público, como sucede en materia de procesos de familia.

Las Reglas de Brasilia específicamente establecen pautas para asegurar el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, siendo sus beneficiarios aquéllos que por su edad, género, estado físico o mental, o circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud sus derechos ante el sistema de justicia. Se alude así a la asistencia legal y defensa pública, con controles de la calidad técnica de dicha asistencia, a la gratuidad en la asistencia de quienes no puedan afrontar los gastos con sus propios recursos y condiciones, al derecho a intérprete para los extranjeros que no conozcan la lengua y a la simplificación y divulgación de los requisitos exigidos para la práctica de

---

<sup>72</sup>De Los Santos, Mabel A., “Los procesos de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, I. Introducción y fundamento de la inclusión de las normas procesales, Rubinzal Culzoni, 2014.

determinados actos y la utilización de formulario para determinadas accesiones que no exigen de patrocinio letrado.

En ese orden de ideas también adquiere relevancia e integra las propuestas que se han venido realizando desde la doctrina nacional para mejorar el acceso a la justicia, el instituto procesal de la reconducción de postulaciones (también llamado *iura novit curia* procesal) que impone a los magistrados una interpretación amplia de los escritos de postulación, para evitar excesos rituales o la denegación de derechos por cuestiones formales meramente formales<sup>73</sup>.

Para asegurar el acceso igualitario a la tutela de los derechos, se debe remover los obstáculos económicos, culturales, y geográficos que la restringen y/u obstaculizan. La desigualdad de los habitantes debe compensarse con medidas positivas que aseguren la remoción de estos obstáculos, como la organización de asistencia letrada gratuita, mecanismos de información general y difusión para erradicar el desconocimiento de los derechos y mecanismos judiciales, y cursos de formación de los operadores jurídicos para la concientización e implementación de cursos de acción (procedimientos estándar) para la detección y solución de tales problemas.

Por lo tanto implícitamente, se incorpora el principio de gratuidad del procedimiento y costas y de desformalización, evitando el límite u obstaculización en el desarrollo del proceso. Para efectivizar la gratuidad, en los procesos de familia debe regularse el beneficio de litigar sin gastos (como en materia laboral), y estar exentos de abonar la tasa de justicia (como regla pudiendo exceptuarse cuando la pretensión tenga contenido patrimonial).<sup>74</sup>

En materia de costas, asimismo, debe regularse en forma diferenciada al proceso civil clásico. En el proceso de familia la doctrina y jurisprudencia han propugnado una tendencia a prescindir del principio de la derrota. Se considera que la intervención del juez es una carga común por ser necesaria para componer las diferencias entre las partes o, en otros casos, para resguardar los intereses del denunciado o demandado (ej. interdicción, inhabilitación). Por ello el principio en estudio implica que la regla debería ser costas por su orden y la excepción costas a cargo del perdidoso cuando es su conducta la que ha hecho necesaria la intervención judicial de otra manera obvia. Este último sería el caso de los alimentos en que las costas estarían a cargo del

---

73 Peyrano, Jorge W., "Iura novit curia procesal: la reconducción de postulaciones", en Procedimiento Civil y Comercial. Conflictos procesales, Santa Fe, Juris, 2002, t. 1, p. 99.

74 Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Directores Julio Cesar Ribera y Graciela Medina. Tomo II, Libro II, Título VIII, Capítulo I, Mariela Panigadi. Primera edición. Buenos Aires. La Ley, 2014

alimentante si fue demandado, salvo conciliación o allanamiento, en que serían en el orden causado.

En este sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado: “Las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto que por el principio *“pro actione”*, hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción”.<sup>75</sup>

### **3.ii- Resolución en tiempo y forma**

<sup>76</sup>El Derecho Procesal ha comenzado a descubrir de qué modo el tiempo que insume el litigio familiar influye sobre la justicia de la solución; por lo que se impone que ésta llegue a los involucrados en un plazo razonable.

Este último concepto constituye un principio jurídico indeterminado que ha tenido recepción en los tratados internacionales y amplio desarrollo jurisprudencial de parte de los tribunales supranacionales por ellos creados.

Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el citado concepto resulta aplicable a todos los procesos internos dentro de cada uno de los Estados contratantes. E incluso, el Pacto de San José de Costa Rica obliga a aquéllos a organizar sus jurisdicciones, toda vez que resulta de vital importancia que la justicia sea administrada sin retardos que comprometan la eficacia y la credibilidad, pues "la lentitud excesiva de la justicia representa un daño importante para el Estado de Derecho".

De esta manera, la justicia, cuyo acceso constituye un derecho constitucional, debe llegar en un plazo razonable a la ciudadanía". La persona tiene el derecho básico a tener un juicio sin dilaciones indebidas; más aún, en los litigios donde se tratan cuestiones de familia.

La garantía de la tutela judicial efectiva involucra el principio de economía procesal y sus derivados de celeridad, concentración, saneamiento y eventualidad pues exige obtener el mayor rendimiento de la actuación judicial en el lapso más breve posible. En ese orden de ideas, el CCyC contiene novedosas previsiones sustanciales que hacen efectivos esos principios, a saber: la alusión al procedimiento más breve que prevean las

---

75 Informe 105/99 emitido en el caso 10.194, “Palacios, Narciso - Argentina”, publicado en LA LEY, 2000-F).

76 Lorenzetti, Ricardo L., Código Civil y Comercial de la Nación, Introducción de Ricardo Luis Lorenzetti, Comentrarios Marisa Herrera, Editorial Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires.

leyes locales para tramitar el proceso de alimentos y la oposición a la celebración del matrimonio, normas que instrumentan el principio de celeridad que rige los procesos de familia.

La concentración y eventualidad se halla implícita en la posibilidad que consagra el art. 546 de involucrar en la condena al demandado y a otros obligados de grado más próximo o que concurren con el accionado, y de acumular las acciones de filiación y de impugnación de la filiación anterior establecida, que establece el art. 578 del CCyC.

Cabe recordar que, como ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallos recientes, el ejercicio del iura novit curia constituye un deber del órgano jurisdiccional vinculado a la prestación de tutela judicial efectiva. Estableció que es deber de los jueces discurrir los conflictos y dirimirlos según el derecho aplicable, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas aplicables, con independencia de los fundamentos invocados, máxime cuando se encuentran involucrados derechos alimentarios y el interés superior del niño.

En cuanto a la búsqueda de la verdad por parte del juzgador, la exigencia es indiscutible en el marco de un proceso que consagra la oficiosidad en materia probatoria. Ello importa que se dirijan los procedimientos hacia la determinación de la verdad de los hechos, constituyendo la función epistémica fundamental que compete al juzgador. Es que no se concibe que pueda obtenerse una sentencia justa, si ésta no se basa en una determinación verdadera de los hechos de la causa.

### **3.iii- Medidas ejecutorias eficaces**

En cuanto a la ejecución de las resoluciones judiciales, el texto del CCyC contempla diversos dispositivos legales para asegurar el efectivo cumplimiento de las sentencias. Así, se consagra la responsabilidad solidaria del pago de la deuda alimentaria de quien no cumple la orden judicial de depositar la suma que debió descontar a su dependiente o a cualquier otro acreedor (art. 551), disposición normativa que lo consagra expresa y claramente y con vigencia en todo el territorio de la República.

También se autoriza al juez a imponer al responsable del incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria medidas razonables para asegurar la eficacia de la sentencia (art. 553 del CCyC) y para asegurar el régimen de comunicación establecido por ley o por convenio homologado (art. 557 del CCyC).<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup> De Los Santos, Mabel A., “Los procesos de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, I. Introducción y fundamento de la inclusión de las normas procesales, Rubinzal Culzoni, 2014.

### **3.iv- Tutela preventiva**

Como se expuso precedentemente, para ser verdaderamente efectiva, la tutela judicial debe ser en ocasiones preventiva, función contemplada de modo concordante en numerosas normas del CCyC. Así se prevé que el juzgador pueda ordenar las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona en los procesos de restricción de la capacidad (art. 34 del CCyC). También se prevé la prestación de alimentos provisorios, típica tutela anticipada, tanto en los juicios de alimentos (art. 544 del CCyC), como en las acciones de reclamación de filiación (art. 586 del CCyC).

Por su parte, los arts. 721/723 regulan diversas medidas provisionales que pueden ser ordenadas durante los juicios de divorcio y nulidad de matrimonio, y aún antes de promovidos éstos, en casos de urgencia, las que son aplicables, en lo pertinente, a los conflictos derivados de la ruptura de uniones convivenciales. Se trata, por un lado, de las medidas provisionales relativas a las personas, que consisten en tutelas anticipadas de urgencia y de evidencia, que actúan el derecho material de manera provisoria y que pueden ordenarse tanto a pedido de parte como de oficio. Asimismo, el Código contempla la regulación de medidas cautelares de contenido patrimonial, sólo disponibles a pedido de parte, dirigidas a asegurar la efectividad de las sentencias que se dicten en los juicios de divorcio, nulidad de matrimonio y en el proceso de liquidación de la sociedad conyugal.<sup>78</sup>

---

78 De Los Santos, Mabel A., “Los procesos de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, I. Introducción y fundamento de la inclusión de las normas procesales, Rubinzal Culzoni, 2014.

## **CAPÍTULO VI**

### **“INMEDIACIÓN Y BUENA FE Y LEALTAD PROCESAL”**

**Sumario:**1-El principio de la inmediación: Concepto 2- La inmediación en el CCyC  
3- Buena fe y lealtad procesal: Concepto 4- El principio de buena fe y lealtad  
procesal en el CCyC

## **1. El principio de la inmediación: Concepto**

Para el Profesor Diego Oscar Ortiz<sup>79</sup> es el contacto personal de los operadores jurídicos con las partes del proceso y la prueba de la causa durante el trámite. Este contacto significa la interacción con las mismas, escuchando activamente, preguntando y repreguntando si es necesario.

Este principio supone, por un lado, el contacto directo y personal entre el juez y la persona que reclama sus derechos y, por otro, la oralidad. Su base constitucional/convencional está en lo que disponen los arts. 8° CADH, 9°.2 CDN y 1°, 3° y 13 CDPD.

En supuestos esencialmente sensibles, como aquellos en que resulta necesaria la separación del niño de su familia de origen, deberá procurarse el acceso irrestricto al contacto con el juez, con independencia de que los involucrados asuman o no la calidad de parte procesal. Dice la regla convencional: “En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones” (art. 9°.2 CDN). La participación tiene un alcance más amplio que la intervención procesal, sobre todo en procesos donde se dirime la titularidad o el ejercicio de la responsabilidad parental y sus efectos sobre el derecho a la identidad.

La inmediación es esencial en el proceso de familia donde por los intereses en juego el magistrado no puede esperar a que quede firme el llamado de autos para resolver o para involucrarse en el proceso.

Por el contrario, tiene que tener un contacto directo y personal con las partes, con los peritos, con los representantes de las personas con discapacidad reducida, con los apoyos y con el ministerio público

La asistencia personal a las audiencias es ineludible y su participación por intermedio de representante desvirtuaría el sentido que persigue el ordenamiento procesal; la actuación autónoma de los letrados debe ser excepcional y referirse en principio a actos procesales de mero impulso.

En definitiva, de lo que se trata es de involucrarse en el proceso, buscar la resolución amigable del conflicto y, de no ser posible, concentrar la recepción de la prueba oral en una o en pocas audiencias, lograr que sea el juez quien las reciba y obtener que entre ese acto decisivo para la suerte del litigio y la sentencia transcurra el menor tiempo posible.

---

<sup>79</sup> Abogado, Profesor Universitario en Cs. Jurídicas, Especialista en Violencia Fliar. DPI DIARIO, “La incorporación de los principios procesales en las relaciones de familia”

Es que como señalaba el gran maestro Podetti<sup>80</sup>, “es muy distinto escudriñar en las declaraciones escritas la existencia de un hecho controvertido, que interrogando y escuchando personalmente a los testigos”.

En la actualidad se habla también de una nueva forma de intermediación, aplicable a las audiencias de prueba, que acompaña y complementa a la intermediación física. Se trata de la intermediación virtual o sensorial que resulta de la filmación de las audiencias de prueba y que regulan textos procesales de nuestro país y de España y Alemania. El registro fílmico de las audiencias permite al juzgador preservar gran parte de los beneficios de la intermediación en la prueba (el mensaje gestual de los testigos), aunque el juez que recibió la prueba no sea el que dicte la sentencia, como exigía la doctrina procesal clásica.<sup>81</sup> Por otra parte, ello permite también una adecuada valoración de las pruebas recibidas en audiencia por parte del tribunal de alzada, teniendo en cuenta que se trata de procesos que deben estar estructurados en dos instancias.

La filmación de las audiencias de prueba no afecta el derecho a la intimidad de las personas involucradas, pues rige en los procesos de familia el principio de acceso limitado al expediente y dicha reserva puede asegurarse respecto de las filmaciones de audiencia incluyendo la imagen en el soporte informático del expediente a través de sistemas tecnológicos que permitan su digitalización.

Los intereses comprometidos en los procesos de familia imponen el contacto directo y la comunicación personal entre el juez, el equipo multidisciplinario y las personas que intervienen en el litigio.

Este principio de intermediación procesal coadyuva a que el juez tome un acabado conocimiento de la base fáctica sobre la que debe expedirse y se interiorice de los intereses en conflicto. La intermediación, enriquece la percepción del juez respecto de los miembros de la familia y, en consecuencia, de la realidad familiar. A su vez, es el ámbito propicio para que la familia perciba al juez comprometido en brindar un servicio eficiente. El mensaje transmitido por un juez presente trasciende el momento mismo de la audiencia y alude al control de lo que eventualmente se resuelva.

Así ha dicho Ballarín<sup>82</sup> que la justicia del fallo estará casi inexorablemente predeterminada por el alcance y medida de lo que el juez pueda percibir en forma inmediata a través de sus sentidos. Inversamente, cuando más mediata y lejana sea la

---

80 Podetti, Ramiro, Tratado de la Competencia, Ediar, BA, 1954, p. 78

81 Díaz, Clemente, Instituciones de Derecho Procesal, T.1 p. 384: “La regla (o máxima de la intermediación procesal) tiene pues, como caracteres fundamentales: (...) c) la identidad física entre el juez que tuvo contacto con las partes y el que dictará la sentencia”.

82 BALLARÍN, Silvana, Justicia de proximidad: razones para la intermediación en el proceso de familia, en Derecho de Familia, N°51, p. 47;

visión de las circunstancias de hecho que motivan el decisorio, como también de los propios litigantes, de los letrados y peritos, más se ha de alejar la factibilidad teórica de una decisión ajustada a Derecho.

Asimismo, este principio no sólo se vincula al conocimiento que el judicante tenga de quienes recurren al tribunal, lo que conlleva que la sentencia contenga, en mayor medida, la verdad objetiva, sino también se encuentra ligada, desde una perspectiva sistémica, al factor tiempo que se analizan con antelación, pues la distancia, en todo sentido, dilata los procesos.

Nuestro máximo tribunal federal ha venido destacando la importancia de este principio, al recordar que, cuando se debaten cuestiones inherentes a las personas menores de edad, debe favorecerse un contacto directo y personal del órgano judicial con ellos, y que la eficiencia de la actividad tutelar toma aconsejable una mayor intermediación del juez con la situación de aquéllos.

Y en un claro ejemplo de aplicación del principio de inmediatez, puede traerse a colación, mencionando lo que dispuso la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en materia de protección de derechos de las personas con padecimientos mentales, en un proceso de internación involuntaria de larga data que "resulta imperioso, atento la vulnerabilidad y desprotección, extremar la salvaguarda del principio de inmediatez en resguardo de los derechos fundamentales de las personas internadas forzosamente, en procura de su eficaz protección".

Y en esa línea argumental, resolvió que el juez del lugar donde se encuentra el centro de internación es quien debe adoptar las medidas urgentes necesarias para dar legalidad y controlar las condiciones en que el tratamiento de internación se desarrolla.

Con relación a las personas menores de edad, la Corte Suprema también ha utilizado el principio de intermediación, para otorgar la competencia al juez del lugar donde efectivamente vive el niño o adolescente. Así, la regla atributiva *forum personae* hace referencia al lugar donde los hijos viven efectivamente y representa un punto de conexión realista, en tanto contribuye a la cercanía entre el juez y el niño.

Ocurre que las normas sobre competencia requieren ser interpretadas actualmente con una perspectiva diferente, pues el niño exige una individualización autónoma e independiente de sus representantes legales. Se desplaza el centro de imputación: es el niño quien debe indicar el eje a tener en cuenta para determinar su domicilio legal, sin perjuicio del que tienen sus representantes legales.

Esta tendencia jurisprudencial ha sido receptada actualmente en la ley de fondo, al regular el artículo 716 que resulta competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida.<sup>83</sup>

## **2. La Inmediación en el CCyC**

El principio de inmediación en el código CCyC, se advierte en el art. 404 cuando exige que el magistrado tenga una entrevista personal con los menores para otorgarle dispensa judicial a fin de contraer matrimonio valido sino tienen la edad nupcial suficiente. También se encuentra presente en el art. 405 que exige la entrevista personal con el juez con las personas que carecen de falta de salud mental a fin de otorgarle dispensa judicial para contraer matrimonio.

Otra expresión del principio de inmediación estada dada en el art. 716 en cuanto ordena que en aquellos procesos relativos a derechos de niños, niñas y adolescentes (sean los mismos principales o modificatorios de lo resuelto por otra jurisdicción), es juez competente aquel que sea del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida. Se entiende en base al interés del menor y a la capacidad del magistrado de verificar las situaciones fácticas que le fueran traídas a examen.

La inmediación 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.<sup>84</sup>

## **3. Buena fe y lealtad procesal**

<sup>85</sup>Hacen al principio más amplio de moralidad, también exigible. Se trata de deberes jurídicos de contenido ético que pesan sobre las partes y que el juez debe asegurar en el trámite de estos procesos, previniendo y sancionando todo acto contrario al principio de moralidad. A tal fin, el rechazo *in limine*, y fundado de planteos claramente improcedentes, que prevén los Códigos Procesales; el impulso de oficio y las pruebas de oficio que autoriza el art. 709 del CCC; y las medidas conminatorias son buenos instrumentos para prevenir o neutralizar los actos procesales contrarios a la buena fe.

---

83 Lorenzetti, Ricardo L., Código Civil y Comercial de la Nación, Introducción de Ricardo Luis Lorenzetti, Comentarios Marisa Herrera, Editorial Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires.

84 Bertoli de Fourcade, María, “El conflicto de familia y el derecho procesal”, 2012, MJ

85 De Los Santos, Mabel A., “Los procesos de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, I. Introducción y fundamento de la inclusión de las normas procesales, Rubinzal Culzoni, 2014.

También las sanciones disciplinarias y las medidas conminatorias pecuniarias (astreintes) y no pecuniarias, que prevén los Códigos Procesales y consagrara la jurisprudencia, constituyen instrumentos idóneos para evitar la desviación de los fines del proceso.

En la actualidad, de la regla amplia se derivan nuevas formulaciones, tales como la de solidaridad y cooperación con el tribunal en materia probatoria, que se han exteriorizado en la valoración de la conducta del demandado renuente a practicarse las pruebas biológicas en los juicios de filiación.

Se aplican tanto a la faz procesal, para evitar el abuso del proceso, como a las relaciones nacidas en virtud de los derechos sustanciales.

La buena fe y lealtad se evaluarán conforme lo previsto en los arts. 9° y 10 CCC, pues la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos, y quien contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe o la ética, debe ser reconvenido con soporte en esta preceptiva.

Es importante que los litigantes sostengan una actitud positiva, suministren los hechos del caso con la mayor sinceridad, y utilicen las herramientas procesales funcionalmente. También que presten cooperación para la producción de la prueba con independencia de su calidad de oferente de la medida de que se trate.

Los mismos preceptos están contenidos en los códigos de procedimiento, dentro de los poderes acordados a los jueces como directores del proceso y persiguiendo su eficiencia. Aunque se aplican para el litigante que interfiere de forma injustificada la marcha del *iter* hacia la sentencia, obstruyendo o dilatando su curso, también puede utilizarse frente a pretensiones manifiestamente inverosímiles que procuren detener su eficacia.

Se ha dicho que estos principios, relacionados entre sí, tienden a asegurar que los sujetos que intervienen en el proceso se comporten de acuerdo a las reglas de la ética, evitar que usen argucias para dilatarlo o perjudicar a la otra parte pero, sobre todo, a que no se los utilice con fines diferentes para los que se ha instituido.

Estos principios constituyen deberes jurídicos de contenido ético, que tienden a impedir que los involucrados lleven adelante actos contrarios al principio de moralidad.

Éstos deben ser vistos en consonancia con lo previsto en los artículos 9° y 10, pues la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos, esto es, aquel que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Existen dos clases de actitudes procesales reñidas con la vigencia de aquellos deberes. Una de ellas es la del litigante que deduce pretensiones o defensas cuya falta de fundamento no puede ignorar de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad, y la otra es la del litigante que opone injustificada resistencia a la marcha del proceso, mediante la realización de actos tendientes a obstruir o dilatar su curso normal, tales como la promoción de incidentes o la deducción de recursos manifiestamente inadmisibles".

Ahora bien, en los procesos de familia se produce una acentuación de estos principios como un deber no sólo de las partes, sino también de sus letrados, evitando, de ese modo, la utilización de prácticas obstruccionistas.

Ello es así, pues el abogado no debe defender de cualquier manera, sino valiéndose de los medios que el derecho le proporciona. En esta materia, el letrado no es abogado del caso, sino de la persona; por eso, aunque defiende a una parte, debe encarar el problema desde el punto de vista de la comunidad familiar<sup>86</sup>. Esta pauta permite al juez interpretar conductas familiares y extraer argumentos válidos de las actitudes de las personas involucradas.

De estos principios también podemos extraer la necesaria valoración de la conducta procesal de las partes en el litigio, pudiendo también evaluarse el desempeño de los involucrados en sus roles familiares<sup>87</sup>.

El principio de buena fe y lealtad procesal es un concepto abierto que puede definirse como el deber de los sujetos procesales (las partes, el juez, personal judicial, auxiliares de justicia) de adaptar su comportamiento durante el proceso a un conjunto de reglas, criterios de conducta, de carácter ético, social y deontológico. La defensa de una parte no puede basarse en perjudicar el derecho a defensa de la otra o en la inducción a error del órgano jurisdiccional, impidiendo o dificultando que pueda ofrecer una efectiva tutela de los intereses en conflicto. La libertad de la conducta de las partes no puede extenderse al extremo de lesionar la buena fe y la ética procesal, dado que si bien el proceso es un conflicto en que cada profesional defiende con todas las herramientas sustanciales y procesales los intereses de su parte, y lo contrario puede considerarse mala praxis, éste ha de ser leal.

Para una corriente procesal los principios de buena fe y lealtad sólo implica un deber negativo: la prohibición de actuar de mala fe. La actuación de mala fe se configura con

---

86 Kemelmajer de Carlucci, Aída, Principios procesales cit., p. 12.

87 Lorenzetti, Ricardo L., Código Civil y Comercial de la Nación, Introducción de Ricardo Luis Lorenzetti, Comentrarios Marisa Herrera, Editorial Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires.

la conducta temeraria y maliciosa. Para la otra corriente la buena fe procesal implica la imposición a los litigantes de deberes positivos de actuación: los deberes de veracidad, completitud y colaboración.

De acuerdo al principio dispositivo no sería exigible ser íntegro en la narración de los hechos, las partes pueden omitir datos que consideren perjudiciales para la tutela de sus intereses; evitar la aportación inicial de los documentos que estimen inoportunos para su debida defensa. En materia de familia existe un interés público en juego, es discutible si la intención del legislador al receptar el principio de buena fe mantiene la libertad de callar si su interés o derecho subjetivo así lo requiere, o implica pasar al sistema inquisitivo/oficioso, obligando a observar los principios de completitud y veracidad. A nuestro entender no los recepta, si así fuera, atento la discusión doctrinaria al respecto, lo hubiera establecido expresamente, como es el caso del deber de colaboración, receptado en el art. 710.

El principio de buena fe se aplica especialmente en la materia en relación a los acuerdos celebrados por las partes, ya sea extra procesalmente o durante el proceso, que no sólo deben ser respetados por las partes que los celebraron, sino que deben ser tomados como antecedente relevante para decidir las cuestiones sometidas al juez.

Pensamos que una forma de aplicar este principio es no tolerar que los litigantes que se presenten a solicitar el divorcio incausado y unilateral presenten una propuesta de convenio regulador, absurda al solo efecto de obtener el dictado de la sentencia de divorcio y litigar eternamente la división de los bienes con su cónyuge.

#### **4. El principio de buena fe y lealtad procesal en el CCyC**

<sup>88</sup>La lucha contra la mala fe procesal la encontramos reflejada en la facultad otorgada al juez para autorizar judicialmente a uno de los cónyuges a realizar un acto que requiera el asentimiento del otro cuando la negativa no esté justificada por el interés de la familia.

También se advierte la búsqueda de la buena fe y lealtad procesal en el art. 471 que permite que el juez se niegue a la división del condominio si esta afecta al interés familiar.

Se reitera el principio al tratar la extinción de la comunidad, la cual tiene efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los

---

88 Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Directores Julio Cesar Ribera y Graciela Medina. Tomo II, Libro II, Título VIII, Capítulo I, Mariela Panigadi. Primera edición. Buenos Aires. La Ley, 2014

cónyuges. Pero el artículo 480 permite al juez puede modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho.

## **CAPÍTULO VII**

### **“OFICIOSIDAD”**

**Sumario:1- Oficiosidad: Concepto 2- El impulso de oficio 3- Excepción al impulso de oficio 4- Limitación del principio de disposición de los hechos y el proceso 5- Las facultades en materia de prueba 6- El principio de oficiosidad en el CCyC 7- El juez como director del proceso 8- Oficiosidad o publicización del proceso**

### **1. Oficiosidad: Concepto**

<sup>89</sup>Se establece que el juez de familia debe ser un juez activo, director del proceso, que ejerce sus amplios poderes-deberes. El principio de oficiosidad comprende las facultades del juez en materia de prueba, las medidas ordenatorias e instructorias (incluyendo el impulso de oficio) y la limitación del principio de disposición de los hechos y del proceso.

Todas estas facultades deben ser ejercidas posibilitando el ejercicio del derecho de defensa, que implica la posibilidad de ser oído, presentar defensas, ofrecer contraprueba, controlar la prueba, y alegar sobre su mérito.

El Código establece el principio de oficiosidad en los pleitos de familia, salvo cuestiones de naturaleza exclusivamente económica, lo que significa impulso de oficio de las causas, prueba de oficio (art. 709 del CCyC) y, en ciertas circunstancias, medidas preventivas oficiosas.

El orden público y los delicados intereses involucrados conducen a la necesidad de contar con mayor activismo judicial para decidir las contiendas familiares. Así el art. 579 autoriza a disponer pruebas de oficio en el juicio de filiación, inclusive la prueba genética y el art. 580 autoriza a ordenar a esos fines aún la exhumación de un cadáver. También en el marco de los juicios de divorcio y nulidad de matrimonio el juez puede disponer medidas provisionales relativas a las personas, conforme lo autoriza el art. 721. En el marco de los procesos de restricciones a la capacidad se consagra el deber de ordenar oficiosamente las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona, debiendo indicar qué actos requieren la asistencia de uno o varios apoyos y cuales la representación de un curador (art. 34), lo que importa una tutela preventiva oficiosa.

El principio de oficiosidad es meramente enunciado en el art. 706, al indicar los principios rectores de los procesos de familia, y tratado específicamente en el art. 709 del CCyC.

Aquí se plasma la flexibilización del principio dispositivo tradicional, con fundamento en los derechos resguardados por el ordenamiento jurídico y los valores de la sociedad en su conjunto.<sup>90</sup>

---

89 Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Directores Julio Cesar Ribera y Graciela Medina. Tomo II, Libro II, Título VIII, Capítulo I, Mariela Panigadi. Primera edición. Buenos Aires. La Ley, 2014

90 Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, Directores Herrera Marisa, Caramelo Gustavo, Sebastián Picasso, Comentarios Tomo II de Mariela González de Vicel. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 1ª Ed., 2015

El proceso requiere las postulaciones de las partes, pero luego corresponderá al juez, en tanto director del proceso, instar su consecución hasta el dictado de la sentencia mediante despachos que impulsen la actividad de las partes.

## **2. El impulso de oficio**<sup>91</sup>

El CCyC consagra el impulso procesal de oficio. Por ende el juez debe realizar todas las medidas necesarias para que el expediente avance hacia la sentencia, incluyendo confeccionar cédulas y oficios, proveer la prueba y fijar de oficio las audiencias, entre otras.

Deroga implícitamente el instituto de la caducidad de instancia. La solución de los conflictos de familia interesa no sólo a las partes sino a la sociedad toda. Por eso se carga sobre el servicio de justicia el otorgar una solución jurisdiccional. Dado que es responsabilidad del tribunal el avance del expediente, no puede la inacción de la parte generar la caducidad del proceso.

## **3. Excepción al impulso de oficio**

El impulso oficioso no procede en los asuntos de naturaleza exclusivamente económica en los que las partes sean personas capaces. Se refiere a las partes en sentido técnico/sustancial: si un representante legal actúa en el proceso la parte es el incapaz representado.

## **4. Limitación del principio de disposición de los hechos y el proceso**

Por el carácter de interés público de los derechos de familia, aun en los procesos de familia que se pueden considerar no dispositivos, el principio de disposición de los hechos y del proceso sufre limitaciones. No es posible disponer del proceso, es decir allanarse a la pretensión, ni desistir del derecho o del proceso. Son derechos indisponibles y el juez debe investigar pues la sociedad toda está interesada en que se encuentre la verdad jurídica material. Es posible lograr una solución conciliatoria pero siempre con el control del juez y Asesor de menores en su caso. Asimismo el juez puede investigar hechos que no hayan sido incorporados por las partes en el proceso, siempre que la materia lo justifique.

---

91 Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Directores Julio Cesar Ribera y Graciela Medina. Tomo II, Libro II, Título VIII, Capítulo I, Mariela Panigadi. Primera edición. Buenos Aires. La Ley, 2014

### **5. Las facultades en materia de prueba**

El principio de oficiosidad también implica que por el acentuado carácter público de la materia, las legislaciones provinciales deben otorgar al juez facultades para ordenar pruebas de oficio, salvo en asuntos de naturaleza exclusivamente patrimonial y cuando las partes son capaces. Estas facultades expresamente se reconocen en los arts. 579 y 721, lo que no puede ser interpretado como limitación de la facultad en materia de prueba a estos dos tipos de proceso. Las facultades en materia de prueba forman parte del principio de oficiosidad, pero se explicitan en el art. 710.

### **6. El principio de oficiosidad en el CCyC.**

El principio de oficiosidad aparece específicamente legislado en múltiples arts. del CCyC, entre ellos podemos citar el artículo 484 sobre el uso de los bienes indivisos durante la indivisión comunitaria, que si no hay acuerdo entre los cónyuges puede ser fijado de oficio por el juez.

El Código regula aquí el papel del juez, de manera activa y dinámica, en beneficio de los integrantes de la familia en crisis.

Esta óptica sigue la senda trazada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que sostuvo que resulta totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar.

Lo que sucede es que el magistrado debe dictar una sentencia justa. De ahí que el Código haga hincapié en la figura de un juez instructor que interviene activamente en el proceso de familia para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos.

A tal efecto, estas disposiciones le proporcionan al juez las herramientas o instrumentos procesales necesarios, con el fin de lograr la verdad jurídico-objetiva en cada caso concreto.

El juez de familia es un verdadero director del proceso con amplios poderes de impulso y de prueba. Así, el Código le impone el deber de impulsar el procedimiento, y le reconoce una actividad investigativa autónoma, en virtud de la cual se lo faculta para ordenar pruebas de oficio: Si bien las partes aportan la base fáctica en sus postulaciones, y detentan la iniciativa probatoria, esta actividad es compartida con el juez. Esta circunstancia incide en otros aspectos del proceso, pues indirectamente se flexibiliza el

principio de congruencia. Esta regla se aplica a los litigios de familia donde se ventilan cuestiones personales, pero no en aquellos exclusivamente patrimoniales.<sup>92</sup>

### **7. El juez como director del proceso**

<sup>93</sup>Couture expresaba que debía confiarse al juez, antes que a cualquier otro, el poder de dirección del proceso, que no es un poder discrecional sino uno ordenador que debe ejercerse de acuerdo con la ley y es precisamente el juez quien procurará que la jurisdicción se cumpla en los términos previstos en la Constitución. El magistrado, de tal modo, participa del proceso desde el día mismo de su promoción y no tiene más poderes que los que la ley le señale, pero tampoco tiene menos.

Por ello, se ha apuntado que si bien se pregona un mayor activismo de los jueces en todo tipo de proceso, el juez de familia en forma acentuada no debe ser un mero observador neutral, sino que su papel debe ser activo, instalándose con su imperio en medio de la familia en crisis, apoyándola, poniéndole límites y entrenándola en el proceso de organización o reorganización en que se encuentre.

De esta manera, el proceso de familia, una vez iniciado, debe continuar sin necesidad de petición de parte.

Por la propia naturaleza del problema, es menester que el juez pueda ordenar el procedimiento, adecuándolo, instando el trámite, pues de ello derivará también una más acabada comprensión del conflicto sometido a decisión.

La puesta en marcha del proceso jurisdiccional corresponde a las partes (impulso inicial) ya que éste se activa ante el requerimiento efectuado por el actor que interpone la demanda. Admitida formalmente la pretensión, el impulso será de oficio y por tanto el trámite continuará a instancias del órgano jurisdiccional, en búsqueda de la finalización del proceso. Esto significa que no es necesario que las partes deban volver a impulsarlo, salvo en situaciones especiales.

---

92 Lorenzetti, Ricardo L., Código Civil y Comercial de la Nación, Introducción de Ricardo Luis Lorenzetti, Comentarios Marisa Herrera, Editorial Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires

93 Lorenzetti, Ricardo L., Código Civil y Comercial de la Nación, Introducción de Ricardo Luis Lorenzetti, Comentarios Marisa Herrera, Editorial Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires

## 8. Oficiosidad o "publicización" del proceso

<sup>94</sup>Es sabido que el principio dispositivo implica la iniciación, el impulso, la disposición del proceso por las partes y la delimitación del *thema decidendum*, esto es, la conformación de los hechos que habrán de ser materia de prueba.

El moderno proceso civil dispositivo se caracteriza, en lo esencial, por una serie de reglas, principios o manifestaciones que constituyen una funcional adaptación instrumental del mismo al carácter a su vez disponible del derecho material o sustancial que constituye su objeto, en ausencia de las cuales o por lo menos, de sus esenciales notas, cabe hablar, de un proceso absolutamente o predominantemente inquisitivo o, cuando menos, de una *publicización* de los procedimientos judiciales civiles<sup>95</sup>.

Este Código prevé expresamente la actividad oficiosa del juez en cuanto al decreto de las pruebas biológicas (art. 579); en la adopción, proceso que incluso puede "iniciar de oficio" (art. 616), y la posibilidad de que promueva lo que corresponda cuando tenga noticia de un hecho que motive la apertura de una tutela (art. 111); entre otros.

En suma, esto se traduce en lo que para Morello<sup>96</sup> es un "nuevo modelo de justicia" para esta clase de conflictos, que es la justicia de colaboración o 'acompañamiento, en la cual el juez, sin claudicar el principio de imparcialidad, se coloca cerca de las partes, adentrándose en el conflicto para orientarlas, buscando soluciones no traumáticas que contemplen los distintos intereses en juego.

Esta circunstancia incide en otros aspectos del proceso de familia, pues indirectamente se flexibiliza el principio de congruencia, entendido como el deber del juez de someter su decisión a las concretas pretensiones, peticiones y defensas de las partes.

Resta advertir que este principio no resultará aplicable a los procesos de familia de corte netamente patrimonial, en donde las partes sean capaces.

---

94 Espinosa Cairo, Y. y Rodríguez Pérez, La iniciativa de instrucción del juez de familia ¿Un nuevo modelo de juez de familia?, en Kielmanovich y Benavidez (comps.), Derecho Procesal de Familia. Tras las premisas de su teoría general cit., p. 89.

95 Kielmanovich, Jorge L., El principio de publicización de los procedimientos de familia, en J. A. 2004-IV-1233.

96 Morello, Augusto M., Un nuevo modelo de justicia, en L. L. 1986-C-800.

## **CAPÍTULO VIII**

### **“LA ORALIDAD y ACCESO LIMITADO AL EXPEDIENTE”**

**Sumario:** 1- Oralidad: Concepto 2- El principio de la oralidad en el CCyC 3- Acceso limitado al expediente: Concepto 4- El principio de reserva

### **1. Oralidad: Concepto**

Por oralidad<sup>97</sup>, decía Chiovenda, se entiende: relación inmediata entre los jueces y las personas cuyas declaraciones los mismos están llamados a apreciar; significa también una racional contemporización de lo escrito y de la palabra, como medios diversos de manifestación del pensamiento. Pero en todo esto nada hay de absoluto; a veces aquella relación inmediata no es posible, o lo es absolutamente a costa de graves gastos y de graves perturbaciones, que no guardan proporción con su misma utilidad.

En definitiva, el principio de oralidad ha de entenderse como una comunicación directa entre las partes, el juez y todos quienes participen en el proceso familiar, que acompaña necesariamente al principio de inmediatez, que difícilmente pueda darse en un sistema escrito.

Como es sabido la organización del servicio de justicia es privativa de las provincias, en el caso del derecho procesal de familia se garantiza una porción mínima de oralidad del sistema. En rigor, ningún procedimiento de esta naturaleza se organiza en una modalidad verbal neta o pura, sino que el esquema responde al de un “proceso por audiencias” donde determinados actos, generalmente los postulatorios, mantienen la forma escrita.

Es una característica de la justicia de acompañamiento ser más expeditiva y desacralizada sin perder la formalidad necesaria para avanzar hacia la solución del conflicto, posibilitada de un marco dialogal y con un rol casi docente. Dentro de esa condición, es usual que en las entrevistas que se desarrollan en los procesos por audiencias se proporcione a las partes información acerca de sus derechos, obligaciones, deberes y cargas, advertencias sobre las consecuencias posibles de sus actos, omisivos, activos o negligentes.

Se logra una apreciación sin intermediarios de las partes involucradas, se pueden analizar conductas, expresiones, reacciones y la información no aparece “tercerizada”; por otra parte coadyuva a la agilidad de los trámites y disminuyen los efectos del retraso de la resolución judicial<sup>98</sup>

Prevalece en los sistemas procesales de Iberoamérica el denominado “proceso por audiencias”, que coincide en gran medida con el antes llamado “juicio oral”. Se trata de

---

97 Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Directores Julio Cesar Ribera y Graciela Medina. Tomo II, Libro II, Título VIII, Capítulo I, Mariela Panigadi. Primera edición. Buenos Aires. La Ley, 2014

98 Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, Directores Herrera Marisa, Caramelo Gustavo, Sebastián Picasso, Comentarios Tomo II de Mariela González de Vicel. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 1ª Ed., 2015

una estructura procesal basada en la escritura para los actos de postulación y en la oralidad para la etapa probatoria, que se inicia con la audiencia preliminar y concluye con la audiencia donde se recibe la prueba. Obviamente en la etapa decisoria y recursiva se vuelve a la forma escrita. El Código Modelo de Proceso Civil para Iberoamérica, elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y aprobado en las XI Jornadas de Río de Janeiro, Brasil, propone esa estructura para el trámite de todas las causas civiles y también para los procesos de familia.

Cabe destacar que la oralidad “para mejorar las condiciones de celebración de las actuaciones judiciales” constituye una de las medidas procesales incluidas en las “100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (regla 35).<sup>99</sup>

La oralidad en la prueba favorece el poder de dirección del proceso, reduce el campo de la inconducta procesal y favorece la concentración de actos; permite también un mayor acceso al juez, al viabilizar el contacto directo del juzgador con las partes en los actos en que su presencia resulta imprescindible.

Los procesos nunca son puramente orales o escriturales. La introducción de este principio no implica someter la totalidad del proceso a un régimen oral. En rigor, mediante la oralidad se logra el cabal cumplimiento del principio de inmediación, al convocar el juez a las partes y conocer de manera directa sus necesidades. De allí que, en atención a la especial naturaleza de los conflictos familiares, el Código pretende la revalorización de las audiencias con los involucrados, por sobre el principio escriturario tan arraigado en el proceso civil tradicional.

Ha dicho la doctrina<sup>100</sup> que éste debe entenderse como "dosis de oralidad", indispensable para potenciar el éxito de un acto determinado y a fin de concretar el mandato de que el juez debe escuchar a los involucrados. En otras palabras, los principios de inmediatez y oralidad, estrechamente vinculados, cobran preponderancia cuando se involucra el derecho fundamental del niño a ser oído en los términos del art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño.

## **2. El principio de oralidad en el CCyC**

---

99 Oralidad: Se promoverá la oralidad para mejorar las condiciones de celebración de las actuaciones judiciales contempladas en el Capítulo III de las presentes, y favorecer una mayor agilidad en la tramitación del proceso, disminuyendo los efectos del retraso de la resolución judicial sobre la situación de las personas en condición de vulnerabilidad.

100 Ferreyra de De La Rúa, Angelina, “El procedimiento de familia” cit., p. 2.

<sup>101</sup>Ejemplos del principio de oralidad los tenemos en las audiencias que debe celebrar el juez con los menores y las personas con falta de salud mental a fin de autorizarlos a contraer matrimonio, Arts. 404, 405 CCyC. Asimismo en cuanto a la nulidad de los matrimonios se advierte la oralidad en cuanto a que el juez debe oír a los cónyuges a fines de establecer si hubo o no nulidad relativa por falta de edad legal o salud mental. También se verifica en el supuesto que la nulidad relativa sea demandada por los parientes que pudieron haberse opuesto a la celebración del matrimonio, en este caso se debe oír a ambos cónyuges y evaluar la situación del afectado.

### **3. Acceso limitado al expediente**

Esta norma procura mantener la reserva propia de las relaciones familiares, protegiendo la privacidad que gobierna los procesos de familia. La autoridad del órgano judicial, al remitir los obrados a otra dependencia o expedir las copias pertinentes, deberá tomar los recaudos necesarios a fin de prevenir que se vulnere el principio de reserva, velando, así, por el derecho a la intimidad de los involucrados en las actuaciones.

### **4.El principio de reserva** <sup>102</sup>

El Código incorpora este principio a fin de proteger a los involucrados en los procesos de familia, en lo que hace a determinados aspectos de sus vidas privadas, sustrayéndolos del conocimiento público.

Si bien los actos provenientes del órgano judicial deben ser públicos, la naturaleza de las cuestiones de familia impone el acceso limitado a los expedientes; pues en el trámite del proceso, las partes ventilan su intimidad, exponen y prueban conflictos de índole privada.

Justamente, se ha dicho que en los juzgados de familia, es donde las partes desnudan sus conflictos, manifiestan sus sentimientos, muestran sus pobreza y expresan sus afectos y desencuentros, y el carácter reservado de las actuaciones se erige en un principio rector y de suma trascendencia. No olvidemos que el justiciable llega con su problema, para muchos el más íntimo y duro de su existencia, y se ve obligado a narrarlo.

---

101 Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Directores Julio Cesar Ribera y Graciela Medina. Tomo II, Libro II, Título VIII, Capítulo I, Mariela Panigadi. Primera edición. Buenos Aires. La Ley, 2014

102 Lorenzetti, Ricardo L., Código Civil y Comercial de la Nación, Introducción de Ricardo Luis Lorenzetti, Comentarios Marisa Herrera, Editorial Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires.

Este principio halla su fundamento en varias normas del bloque de constitucionalidad federal (ej.: derecho a la intimidad y protección a las acciones privadas de los hombres, arts. 18 y 19, CN, y art. 16, CDN).

Además se exige que al niño se le respete plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento. Si bien ésto alude a la sede penal, a juicio del Comité de los Derechos del Niño, esta disposición debería aplicarse también en los procesos relativos al Derecho de Familia y cuando el niño es víctima de abusos.

En aplicación de esta norma, la autoridad del órgano judicial donde se encuentren radicadas las actuaciones es responsable de garantizar la privacidad de las partes en el proceso de familia, aun en el supuesto de su remisión a otra dependencia jurisdiccional, debiendo, en su caso, ordenar el envío siempre que se dé cabal cumplimiento al principio de marras y tomar los recaudos necesarios para que así sea.

En particular, en los procesos de adopción, esta manda legal debe ser observada en conjunto con el artículo 617, inciso d, que prevé expresamente que las audiencias son privadas y el expediente reservado.

Así las cosas, se ha dicho" que la limitación al acceso no es sólo con relación a la posibilidad de ver el expediente, sino que también se refiere a la obligación de no difundir públicamente las cuestiones que se ventilan en estos procesos y que pesa, en primer lugar, sobre los miembros de los juzgados o tribunales de familia y, en segundo lugar, incluye a los letrados patrocinantes o apoderados de las partes, en su carácter de auxiliares de la justicia, como así también a las partes mismas.

Este principio consagra e incluye explícitamente el principio de reserva de las actuaciones en donde tramitan conflictos familiares, y se alinea así con las previsiones existentes en las normas adjetivas.

De este modo, las autoridades judiciales deberán velar para evitar toda publicidad no deseada de los datos de carácter personal de los sujetos involucrados en la causa.

En suma, este principio plantea que todos los procesos de familia se lleven a cabo en forma reservada, por oposición a la publicidad que gobierna los procedimientos judiciales comunes.

Al encontrar su base en el "derecho a la intimidad", consagrado en la Constitución Nacional (art. 18) y en total consonancia con los principios que sostienen la doctrina internacional de los Derechos Humanos (art. 16 CDN) lo que se pretende es conservar la intimidad de las partes del caso, especialmente cuando se tratan de menores de edad, sobre el particular la Convención sobre los Derechos del Niño, prescribe en su art. 16: *"1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su*

*familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”. También la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes consagra el derecho a la vida privada e intimidad familiar en su art. 10: “las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida privada e intimidad de y en la vida familiar. Estos derechos no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales”.*

Como se puede apreciar, este principio es la excepción al de publicidad de los procesos en general y ello se debe a que los temas que se tratan en los procesos de familia están reservados para las partes incluso a los niños, niñas y adolescentes, aunque teniendo presente el grado de madurez, para estos supuestos será a través de sus representantes al igual que las personas con capacidades restringidas. Todo ello por imperativo constitucional-convencional de protección.<sup>103</sup>

Como dijimos se trata de una excepción al principio procesal de publicidad. Su fundamento radica en la necesidad de proteger la intimidad, la imagen y los datos personales de las personas involucradas y, en particular, de los más vulnerables, vale decir: niños, niñas, adolescentes y personas con capacidad restringida.

El acceso es limitado a las partes, sus representantes y letrados y a los auxiliares designados en el proceso. También se prevé que, en caso de que las actuaciones sean ofrecidas como prueba ante otro juzgado, sólo se ordene su remisión si la finalidad lo justifica y se garantiza la reserva (art. 708 del CCyC). También se consagra el principio de reserva en el juicio de adopción, donde se establece expresamente que las audiencias serán privadas y el expediente reservado (conf. art. 617, inc. d, del CCyC).

En el sistema del derecho procesal civil rige el principio de la publicidad, que establece que todos los actos del proceso en cuanto no afecten la moralidad, el orden público y el interés de los litigantes pueden ser conocidos

En materia de procesos de familia, el Código propugna un sistema opuesto al sistema de publicidad, inclinándose por el “sistema de reserva”, que se compatibiliza mejor con la característica privada y personalísima de los intereses en juego; de allí que se establezca un acceso limitado al expediente que debe entenderse extendido a la privacidad de las audiencias y a la consulta del protocolo para preservar efectivamente el derecho que es su fundamento. <sup>104</sup>Kielmanovich, por su parte, señala que el denominado principio de

---

103 Microjuris, “Código Civil y Comercial. Los principios procesales en las Relaciones de Familia”

104 Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Directores Julio Cesar Ribera y Graciela Medina. Tomo II, Libro II, Título VIII, Capítulo I, Mariela Panigadi. Primera edición. Buenos Aires. La Ley, 2014

“acceso limitado al expediente” debería reemplazarse más bien por el más comprensivo de “privacidad”, por oposición al principio de publicidad que gobierna los procedimientos judiciales comunes, pues éste no se agota con la limitación de aquel acceso, sino que impone, por ejemplo, la celebración de audiencias en forma reservada (art. 125, inc. 1º, CPCCN), la supresión de los nombres de las partes en las sentencias dadas a publicidad (art. 164, CPCCN) y las notificaciones bajo sobre cerrado (art. 139, CPCCN).

## **CAPÍTULO IX**

### **“LAS PERSONAS VULNERABLES”**

**Sumario: 1- Concepto. Causas de vulnerabilidad. 2- Participación en el proceso de niños, niñas, adolescentes y personas con discapacidad. 3- Los adultos mayores con capacidad restringida. 4- Derecho a ser oído. 5- Sujetos del derecho. 6- Procesos que los afectan directamente. 7- Derecho a que su opinión sea tenida en cuenta. 8- Participación en el CCyC.**

## **1. Personas vulnerables. Concepto. Causas de vulnerabilidad**

La Constitución Nacional establece que corresponde al Congreso “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad” (art. 75, inc. 23, CN).

Con ese marco constitucional, que respecto de las personas con discapacidad física o disminución de su capacidad psíquica o intelectual se integra con otras normas como la CDPD105, con relación a los niños con la CDN y en relación a las mujeres con la CEDAW, se establece un catálogo convencional/constitucional sobre quiénes son categorizados como personas vulnerables: los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

En lo que hace al aspecto procedimental, las “100 Reglas de Brasilia”, dirigidas a la actividad jurisdiccional para permitir el pleno goce de los servicios del sistema judicial, señalan como finalidad “*garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las persona en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna*” (Regla 1). En la Regla 3 se establece que componen esa categoría “... *aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico*”.

Las causas de vulnerabilidad, como se dijo, pueden ser la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad.

La XIV Cumbre Iberoamericana, que dio lugar a las “100 Reglas de Brasilia” sugirió que “*Se propiciarán medidas para la simplificación y divulgación de los requisitos exigidos por el ordenamiento para la práctica de determinados actos, a fin de favorecer el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*” (Regla 34), y esto fue tomado por el CCyC en el aspecto procesal.

## **2. Participación en el proceso de niños, niñas, adolescentes y personas con discapacidad.**

---

105 La ley 27.044 le otorgó rango constitucional (art. 75, inc. 22, CN).

En los Fundamentos del Anteproyecto se lee que: “... toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”<sup>106</sup>. Del mismo modo, se puso de resalto que el CCyC persigue la igualdad real, reemplazando los textos que se basaban en la igualdad abstracta, desarrollando normas para plasmar una “verdadera ética de los vulnerables”<sup>107</sup> basado en un paradigma no discriminatorio.

El principio en cuestión posee dos beneficiarios: las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes, por considerarlos a ambos, personas especialmente vulnerables, a tal punto que cada uno de ellos cuenta con su respectivo instrumento internacional de derechos humanos que los reconoce, revaloriza y protege de manera especial. El derecho a ser oído lo es siempre y en todo proceso que los afecte directamente, destacándose que la opinión que se recabe debe ser valorada según el "grado de discernimiento" y el proceso o entidad del conflicto de que se trate. Esta noción de "grado de discernimiento" introduce la dimensión del desarrollo evolutivo del niño en el ejercicio directo de sus derechos; como así el grado de discernimiento de conformidad con el reconocimiento de la capacidad gradual que recepta el Código.

### **3. Los adultos mayores con capacidad restringida**

<sup>108</sup>La ley 26.378 incorpora a nuestro Derecho positivo la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo.

La discapacidad es un fenómeno complejo integrado por la incapacidad y la limitación social. Con mayor precisión, la aludida Convención definió a la incapacidad como un

---

106 “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora”, en Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012, p. 523.

107 “Fundamentos...”, en Proyecto..., op. cit.

108 Lorenzetti, Ricardo L., Código Civil y Comercial de la Nación, Introducción de Ricardo Luis Lorenzetti, Comentarios Marisa Herrera, Editorial Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires.

concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones (Preámbulo, inc. e).

Además, la norma convencional dispone en su artículo 13 que los Estados partes asegurarán que las personas con discapacidad "tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento".

Paralelamente, las 100 Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia de las personas vulnerables advierten que puede constituir una causa de vulnerabilidad el envejecimiento, cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia.

Sin embargo, la noción-de "adultos mayores con capacidad restringida" resulta omnicomprendiva de varios destinatarios, pues refiere no sólo a los derechos de la "ancianidad", sino que también incluye a las personas con padecimiento mental".

Así, la ley 26.657 adecuó la legislación nacional a los principios y tratados internacionales de derechos humanos que nuestro país ha suscripto; e introdujo al código derogado el artículo 152 ter que disponía que "las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible".

El Código, al regular estas pautas rectoras, procura un modelo de justicia "integrador", especialmente abierto para con los vulnerables y desfavorecidos, y en definitiva, pretende incorporar esta óptica de los derechos humanos al plano infraconstitucional.

De hecho, al establecer las reglas aplicables a las restricciones a la Capacidad, se dispone que la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios (art. 31, inc. e).

Según los principios internacionales sobre derechos humanos, para considerar que una persona afectada en su salud mental está gozando efectivamente del derecho de defensa<sup>109</sup>, deben respetarse algunas manifestaciones concretas, como: a) el derecho a la igualdad y no discriminación en el acceso a la justicia; b) el derecho a contar con un defensor técnico idóneo y gratuito desde el inicio del proceso; c) el derecho al reconocimiento de la capacidad legal y de la autonomía de la voluntad de la persona; d) el derecho a recurrir las decisiones judiciales; e) el derecho a tener audiencias

---

109 Cabrera, Amendolaro-Laufer, "El derecho de defensa y el acceso a la justicia de las personas usuarias de los servicios de salud mental", en Derechos humanos en Argentina, Informe 2009.

personales con el juez; f) el derecho a ser debidamente informado, a ser oído y a participar por sí mismo en el proceso, y g) el derecho al plazo razonable.

Concretamente, el derecho a ser oído consiste en la posibilidad de la persona de participar en el proceso, de asistir en persona al juzgado o tribunal, de efectuar por sí las peticiones que correspondan y de presentar pruebas y dictámenes médicos independientes sobre su salud mental. Además, involucra el derecho a ser debidamente informado desde el inicio sobre los fines y características del proceso al que está siendo sometido y acerca de las garantías de las que goza durante su tramitación y las formas de hacerlas efectivas.

#### **4. Derecho a ser oído**

<sup>110</sup>Los niños, niñas y adolescentes son representados por uno o ambos padres; los mayores con capacidad restringida por su curador o el sistema de apoyos, y en ambos casos, el Ministerio Público tiene su representación promiscua. A pesar de ello, es necesario que, si aquel al que afectará la decisión puede formar su propia opinión, el juez la escuche.

El derecho a ser oído está previsto para los niños en el art. 12 de la Convención de Derechos del Niño que señala: “1. *Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional*”.

El Código lo extiende a las personas con capacidad restringida, lo cual es idéntico, ya que ante la participación en el proceso de un representante debe escucharse al representado al que afectará la decisión. Es importante conocer sus pensamientos, sentimientos y opiniones para evaluar correctamente el impacto de la acción propuesta sobre su bienestar.

---

110 Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Directores Julio Cesar Ribera y Graciela Medina. Tomo II, Libro II, Título VIII, Capítulo I, Mariela Panigadi. Primera edición. Buenos Aires. La Ley, 2014

La garantía constitucional del niño dada por su derecho a ser oído y a que su opinión sea considerada en los asuntos de su interés, volcada en el art. 26, de singular importancia en tanto también incorpora la autonomía progresiva del art. 5 de la Convención. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, siendo de esta manera el proceso una integralidad en la que el fin es el dictado de una norma individual, y no cabe duda alguna en cuanto a la citación del menor de edad para poner a disposición ese derecho, en todas las instancias judiciales que el mismo atraviese. Dicho de otro modo, en función del art. 26 existe un deber judicial ineludible para todos los magistrados de cualquiera de las instancias que aborden los conflictos familiares: cumplir el art. 12 CDN. La obligación se mantiene de manera expresa, entre otros, en los art. 595.f, 609.b, 613, 617, 626.d, 639.c, y, como regla general para todos los procesos, en el art. 707. Lo mismo acontece con el derecho a la identidad, establecido en el art. 8 CDN. Se traduce normativamente en una acción autónoma de acceso al conocimiento de los orígenes (art. 596 para la adopción), o a ser informado sobre el tópico en los supuestos de técnicas de reproducción asistida (art.564). Ambas reglas resultan muestras claras de la constitucionalización del derecho de familia que el juez habrá de enaltecer, garantizándose a la persona menor de edad el acceso, aun cuando ella no cuente con la edad legal presumida para ejercer sus derechos autónomamente, si en función del art. 26 citado puede advertirse que sí tiene la madurez suficiente.

### **5. Sujetos del derecho**<sup>111</sup>

El Código ha tomado en consideración la mayoría de los aportes de la doctrina más reciente sobre el tema, elaborando un sistema de capacidad de los menores de edad más flexible y acorde con las pautas que resultan de la Convención sobre los Derechos del Niño. En líneas generales, avanza hacia el objetivo de construir un sistema claro y eficaz, fundado sobre la base del principio de capacidad progresiva.

En consonancia con este nuevo sistema el derecho a ser oído no se establece sólo para los niños, niñas y adolescentes menores de edad, personas de hasta 18 años de edad, sino también para las personas con capacidad restringida; que se consideran por su vulnerabilidad sujetos de acciones positivas y medidas de protección reforzada. Son personas con capacidad para ser parte pero sin capacidad procesal, que actúan en el

---

111 Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Directores Julio Cesar Ribera y Graciela Medina. Tomo II, Libro II, Título VIII, Capítulo I, Mariela Panigadi. Primera edición. Buenos Aires. La Ley, 2014

proceso mediante el representante legal (madre, padre, tutor o curador) y por tanto el juez, aun cumpliendo con el principio de inmediación, no toma contacto con la parte, a menos que se instrumente el derecho a ser oído.

Edad y grado de madurez suficiente para formarse un juicio propio

En vista a la autonomía progresiva, la opinión del niño, niña o adolescente se valorará de conformidad con su edad y grado de madurez. El principio de autonomía progresiva esta receptado en los arts. 3°, 5° y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y arts. 3°, 24 y 27 de la ley 26.061.

En algunos casos, puede resultar útil o necesario recurrir a opiniones médicas y psico-sociales expertas, para establecer si el menor o incapaz puede formarse un juicio propio.

## **6. Procesos que los afecten directamente**

El Código acuerda intervención al representado en todos los procesos que lo afecten directamente. Todos los procesos en materia de familia afectan a los menores que la integran, pero la intención del Código es excluir procesos que los afectan “indirectamente”. Se entiende que afectan directamente al niño, niña o adolescente los procesos que se refieren a filiación y sus efectos (tenencia, régimen de visitas, responsabilidad parental, autoridad parental), adopción, tutela, curatela, alimentos y cualquier decisión que se someta a decisión del juez por falta de consentimiento de ambos padres, cuando el mismo es necesario. En definitiva coincide con todos los procesos en que el menor o mayor con capacidad restringida es parte, y es representada mediante el representante legal (madre, padre, tutor o curador).

*Instrumentos procesales para asegurar el derecho: “entrevista personal”*

<sup>112</sup>Según las circunstancias del caso El niño, niña, adolescente o persona con capacidad restringida que es capaz de formarse su propia opinión tienen derecho a expresar libremente sus puntos de vista en todos los aspectos que le afecten y ese derecho debe ser reconocido mediante la oportunidad de expresarlo procesalmente. Existen tres instrumentos procesales para realizarlo: la entrevista personal con el juez y el asesor, las entrevistas con el equipo técnico interdisciplinario y el abogado del niño.

*Entrevista personal con el juez y defensor o asesor*

---

112 Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Directores Julio Cesar Ribera y Graciela Medina. Tomo II, Libro II, Título VIII, Capítulo I, Mariela Panigadi. Primera edición. Buenos Aires. La Ley, 2014

Las entrevistas con los niños o personas con capacidad restringida tienen un papel central en el proceso de decisión.

#### *Entrevista con el Equipo Interdisciplinario*

En algunos casos es aconsejable permitirle manifestarla mediante recurrir a especialistas médicos y psico-sociales. Por ejemplo los casos de niños que han padecido sucesos traumáticos y personas con discapacidades mentales. Tal conocimiento experto puede ayudar a determinar si la capacidad del niño para aportar información se encuentra afectada, por ejemplo, por traumas. Bajo ninguna circunstancia, las investigaciones deben violar la integridad física o mental del niño o incapaz.

En el caso de personas con incapacidades físicas que impiden la comunicación directa con el juez debe utilizarse el apoyo de auxiliares que permitan la traducción al juez del pensamiento, pero no es una excepción al contacto personal con el magistrado.

#### *El apoyo al niño para que comparta sus puntos de vista*

Desde el comienzo, el proceso de decisión debe ser explicado y discutido con el niño y con los adultos pertinentes, tales como los padres o los padres de acogida. Debe, por tanto, mantenerseles informados a lo largo de todo el proceso.

Deben recordarse los siguientes aspectos:

- No puede esperarse que los niños suministren narraciones adultas de sus experiencias. Debe emplearse un lenguaje simple, apropiado a la edad. Hay que tener en cuenta la edad y el nivel de desarrollo del niño, tanto cuando sucedieron los hechos relevantes, como cuando se realiza la entrevista. Los niños pueden ser incapaces de explicar el contexto, la duración, la importancia y los detalles con el mismo grado de precisión que los adultos y es posible que posean únicamente un conocimiento limitado de las condiciones existentes en el país de origen.

Es más probable que se produzca una buena comunicación si el entrevistador considera las aptitudes y las capacidades de los niños como diferentes, antes que inferiores, a las de los adultos.

- Para facilitar que el niño exprese elocuentemente sus puntos de vista deben serle explicadas todas las opciones de manera adecuada a su edad.
- A muchos niños les resulta más fácil hablar en presencia de un amigo o de un tutor. No obstante, es preciso ser cauto al respecto, dado que los cuidadores habituales, los padres de acogida, y otras personas pueden tener un interés personal en el proceso y pueden impedir que el niño exprese libremente sus puntos de vista. Los adultos sospechosos de maltrato jamás deben hallarse presentes.

- Las entrevistas al niño deben celebrarse en una atmósfera amigable para el niño y de confidencialidad. Si es posible, el lugar de reunión debe ser el elegido por el niño. Debe hacerse hincapié en que éste se sienta cómodo y en crear una relación de confianza. El ambiente y el tono de la entrevista debe ser el más informal posible.
- A los niños siempre se les permitirá decir “no” o rehusarse a contestar a las preguntas. Se les debe permitir cambiar de opinión y equivocarse.
- Los niños pueden no conectar emocionalmente con lo que cuentan del mismo modo que los adultos. Puede que no manifiesten ninguna reacción emocional o hacerlo ante cuestiones claves del entrevistador. El entrevistador, por tanto, debe tener cuidado en no sacar conclusiones en relación a cómo un niño se siente ante un determinado hecho o situación basándose en las reacciones de un adulto.
- La experiencia de traumas puede afectar a la aptitud del niño para comunicar información durante las entrevistas. Por tanto, el juez debe, también, recurrir a otros métodos y enfoques, tales como la observación, el completar frases, los juegos y dibujos para ayudar al niño a expresar experiencias traumáticas.
- La extensión de la entrevista debe adaptarse a la edad, madurez y condiciones psicológicas del niño. Es aconsejable mantener dos o tres entrevistas cortas en lugar de una larga a fin de reducir el estrés del niño. Es más apropiado recurrir a los mismos entrevistadores e intérpretes, dado que el niño necesita, a menudo, tiempo para construir sus relaciones. Si el niño manifiesta, en algún momento, su preferencia por una determinada persona debe ser objeto de discusión.
- En situaciones excepcionales de extrema angustia, tales como incidentes de maltrato, debe establecerse medidas que aseguren que el niño tiene acceso inmediato a asesoramiento, en especial, si es probable que la información que puede originar la angustia vuelva a resurgir durante la entrevista.

#### *Abogado del niño*

El Código no sólo se refiere al derecho a ser escuchado personalmente (segundo párrafo) sino a la participación de los representados en el proceso (primer párrafo). Entendemos que la normativa habilita la intervención del “abogado del niño”, en determinados supuestos. Esta figura es una institución para la protección procesal del niño, específicamente, la canalización del derecho a ser oído a través de la asistencia directa de un letrado patrocinante, distinto del de sus padres en conflicto, prevista también en la Convención de Derechos del Niño.

### **7. Derecho a que su opinión sea tenida en cuenta**

El juez debe tener en cuenta la opinión para tomar la decisión. El oír al menor no debe ser un mero rito vacío de contenido. Pero el derecho a que su opinión sea oída no implica que se decida en ese sentido. El juez puede y debe valorar si la opinión del menor coincide con su interés. Asimismo debe establecerse un sistema para asegurar que el niño es informado de la decisión en cuanto sea adoptada. Si el niño ha participado, la decisión no le tomará por sorpresa. Cuando los niños sienten que han sido escuchados, entendidos y respetados, puede resultarles más fácil aceptar una decisión, incluso si se oponen a ella inicialmente.

#### 8. Participación en el CCyC

Las normas del Código le dan una gran posibilidad al menor de intervenir en el proceso, así por ejemplo en:

- \* Los deberes y derechos sobre el cuidado de los hijos, para otorgar el cuidado personal unilateral se debe tener en cuenta la opinión del hijo.
- \* En el plan de parentalidad los progenitores deben procurar la participación del hijo tanto en su estipulación como en su modificación, artículo 655.
- \* Juicio contra los progenitores, el hijo menor puede reclamar a sus progenitores sin autorización judicial si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente.
- \* Actuación en juicio del adolescente, los progenitores pueden estar en juicio representando a sus hijos, pero se presume que el hijo adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores o de manera autónoma con asistencia letrada. (Art. 677)
- \* Juicio criminal, el hijo adolescente no precisa autorización de sus progenitores para estar en juicio cuando sea acusado criminalmente.
- \* En la adopción se requiere el consentimiento del niño a partir de los 10 años.
- \* Declaración judicial de adoptabilidad. El niño, niña o adolescente es parte en el proceso de declaración de adoptabilidad (art. 608)
- \* Es obligatoria la entrevista personal del juez con el niño (art. 609)
- \* Adopción simple, el adoptado que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede solicitar se mantenga el apellido de origen (art. 627)
- \* En la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental el juez debe necesariamente oír al menor (art 643)
- \* En caso de adopción conjunta de personas divorciadas el juez debe escuchar al menor para valorar especialmente la incidencia que la ruptura podría provocar al interés superior del menor.

## **CAPÍTULO X**

### **“RESOLUCION PACIFICA DE CONFLICTOS. ESPECIALIZACION Y APOYO MULTIDISCIPLINARIO. EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO”**

**Sumario:** 1-La resolución pacífica de conflictos: Concepto. 2- La resolución pacífica de conflictos en el CCyC. 3- Jueces especializados y apoyo multidisciplinario: Concepto. 4- El interés superior del niño: Concepto. 5- El interés superior del niño en la Convención de Derechos del Niño.

## 1. Resolución pacífica de conflictos. Concepto

La resolución pacífica de los conflictos es de la esencia del derecho y no existe ninguna norma procesal que busque una resolución que no sea pacífica.

En cuestiones familiares es fundamental superar la visión de vencedor y vencido. Se trata de lograr una justicia de acompañamiento, pues existen vínculos perdurables y profundos que deben ser preservados.

Ello obliga a buscar soluciones razonables y que se adapten a las necesidades del caso, en lo posible, consensuadas. En efecto, la mediación y la conciliación son instrumentos esenciales para la autocomposición del conflicto familiar, pues el proceso constituye la *última ratio* en la búsqueda de la paz individual y social.<sup>113</sup>

Las controversias familiares ostentan características propias que requieren penetrar, ahondar y atender a las verdaderas causas que las generan, no sólo las formales o superficiales. Son conflictos típicos de “coexistencialidad”<sup>114</sup>, en la medida en que casi siempre envuelven e inciden en una amplia y compleja gama de relaciones y situaciones. Su arista humana no desplaza a la jurídica, ni ésta, a su connotación constitucional. Se trata, en definitiva, de hallar las soluciones más beneficiosas para el núcleo familiar.<sup>115</sup>

También las Reglas de Brasilia aluden a la necesidad de impulsar formas alternativas de resolución de los conflictos que involucran a personas vulnerables.<sup>116</sup>

Cuando el Código hace alusión a resolución pacífica de los conflictos se está refiriendo a la preferencia de la autocomposición de los conflictos por sobre la imposición de una resolución adversa.

En este sentido opina Kielmanovich<sup>117</sup> que sería conveniente la inclusión del principio de acentuación de la función conciliadora, por el que se sostiene que lo que ha sido

---

113 Cecchini, Francisco Carlos, El proceso de familia, Santa Fe, Ed. Panamericana, 2006, p. 42.

114 Nakamura H., Family Courts. “El rol del juez de familia en los conflictos de familia, 1983, p. 467 y ss. Informe general al VII Congreso Internacional de Derecho Procesal.

115 Morello, Augusto M., “Familia y jurisdicción. Hacia una tarea Interdisciplinaria”, en JA, 1990-IV, p. 879; Morello, Augusto M., Estudios de Derecho Procesal, op. cit., v. II, p. 1103 y ss.

116 Sección 5ª.- Medios alternativos de resolución de conflictos. 1. Formas alternativas y personas en condición de vulnerabilidad (43) Se impulsarán las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en los que resulte apropiado, tanto antes del inicio del proceso como durante la tramitación del mismo. 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. (44) En todo caso, antes de iniciar la utilización de una forma alternativa en un conflicto concreto, se tomarán en consideración las circunstancias particulares de cada una de las personas afectadas, especialmente si se encuentran en alguna de las condiciones o situaciones de vulnerabilidad contempladas en estas Reglas. Se fomentará la capacitación de los mediadores, árbitros y otras personas que intervengan en la resolución del conflicto.

materia de acuerdos habrá de ser privilegiado y tomado como antecedente relevante para resolver la cuestión sometida al juez, sin que quepa entender que se encuentra aprehendido en el código por la mención que contiene referida a que las normas “que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia... y la resolución pacífica de los conflictos” (art. 706 del CCC), pues la decisión alcanzada sin la autocomposición de las partes sino a partir del dictado de la sentencia definitiva, es también y a no dudarlo, “resolución pacífica” de conflictos.

Lo que indica el principio es que el tribunal debe favorecer la conciliación como medio de superar diferencias procurando la pacificación de la contienda mediante el avenimiento de las partes. Este medio halla un fundamento acabado en lo relativo al conflicto familiar.

Por otra parte, expresamente se establece en el art. 642 del CCC, referido a la autoridad parental, que el juez también puede ordenar medidas de intervención interdisciplinaria y someter las discrepancias a mediación.

En definitiva, cuando el Poder Judicial ejerce adecuadamente la pacificación del conflicto, difícilmente sea necesario dictar sentencias porque la mediación del órgano judicial permite que las partes acuerden la mejor solución para su conflicto.

## **2. La resolución pacífica de los conflictos en el CCyC**

En múltiples artículos el CCyC tiende a buscar una solución no controversial de los conflictos, así por ejemplo:

Responsabilidad parental, en caso de desacuerdos reiterados entre los progenitores, cualquiera de ellos puede acudir al juez competente, quien puede someter las discrepancias a mediación. (art. 642)

El juez puede disponer la intervención del equipo técnico del tribunal para que colabore con el menor en el derecho de conocer sus orígenes.

### 3. Jueces especializados y apoyo multidisciplinario<sup>118</sup>

El código recoge en este principio un viejo anhelo de los doctrinarios del derecho de familia y del derecho procesal que requieren la especialización de los jueces para lograr efectividad en las resoluciones.

En definitiva se requiere un juez que además de juez director sea un juez “de acompañamiento”, capaz de pacificar la contienda con el fin de que el conflicto llevado a tribunales no signifique un quiebre de las futuras relaciones entre los integrantes del grupo familiar que seguirán vinculados como padres, hijos, hermanos, etc. En este aspecto el juez de familia cumple además de una importante función pacificadora una función docente.

Como enseña Belluscio, la especialización de los jueces no se satisface con establecer una simple nueva división de competencia de los tribunales comunes, requiere una preparación especial de todos los magistrados, funcionarios y equipos técnicos que intervengan en el procedimiento.

Las Reglas de Brasilia recomiendan políticas de organización y gestión del sistema judicial que aseguren la especialización de los profesionales, operadores y servidores del sistema judicial, para la atención de las personas en condiciones de vulnerabilidad (Regla 40) y la actuación interdisciplinaria (Regla 41). Se destaca la importancia de la actuación de equipos multidisciplinarios, conformados por profesionales de las distintas áreas, para mejorar la respuesta del sistema judicial (Regla 41)<sup>119</sup>

La especialidad involucra dos aspectos del proceso de familia. El primero apunta a reservar, para los tribunales competentes en la materia, la exclusividad de aspectos vinculados a los conflictos esencialmente familiares dejando de lado otras cuestiones, propias del derecho común, aunque los reclamos se planteen entre cónyuges, quienes lo fueron o parientes. En efecto, el Proyecto de Código 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

---

118 Enseña Kemelmajer de Carlucci que el tema de los tribunales de familia fue abordado en el I Congreso Mundial sobre Derecho Familiar y Derecho Civil, que tuvo lugar en Acapulco, México, en 1978; también en el Congreso Hispanoamericano de Profesores de Derecho de Familia, reunido en marzo de 1983, en Salta, Argentina, y en el VII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia que sesionó en El Salvador, en septiembre de 1992. En todos se coincidió en que “la existencia de los tribunales especializados, técnicamente asesorados, contribuye a garantizar y consolidar la convivencia familiar y a resolver con mayor justicia y eficacia los conflictos familiares”. En El Salvador se insistió en que “los Estados deben proveer a los organismos jurisdiccionales de los recursos necesarios para que la estructura judicial pueda responder a las necesidades de los justiciables”, desde que de nada vale tener tribunales de Familia que carecen de la infraestructura mínima (Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Principios procesales y tribunales de familia”, JA 1993-IV-676.

119 Mabel A. De Los Santos, “Los procesos de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, I. Introducción y fundamento de la inclusión de las normas procesales, Rubinzal Culzoni, 2014.

remite; ello cuando aquéllos no tienen su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan. Se distingue, de ese modo, lo relativo al vínculo matrimonial del derecho de daños, tal como rezan los fundamentos elevados oportunamente. En el segundo aspecto, la “especialización” se vincula a la idoneidad técnico-jurídica que se exige a los operadores jurídicos, así como el necesario entrenamiento en la especialidad. La adecuada capacitación no se agota en lo teórico, sino que requiere un paralelo adiestramiento práctico como también de actualización permanente, aspecto relacionado con la función de las escuelas judiciales.

Por su parte, la multidisciplina significa que los tribunales que actúen la materia familiar deben contar con gabinetes de apoyo y la colaboración de médicos, psicólogos y trabajadores sociales, que colaboren e interactúen con el juez para la pronta y más eficaz búsqueda de soluciones al conflicto familiar.

#### **4. El interés superior del niño.**

<sup>120</sup>El interés del menor y su protección jurídica no se presenta ya como una discriminación positiva (como podría pensarse si se le considera como ser en situación de inferioridad) ni supone un preconcebido trato de favor compensatorio de un previo e injusto desequilibrio adverso para él, pues aquel principio no afecta sólo a los menores desamparados, maltratados o desafortunados, sino que es aplicable a todos los menores. Se trata, sencillamente, de hacerle justicia en su vertiente existencial y de garantizarle su estatus de persona y los bienes y derechos fundamentales que por su mera calidad de persona le corresponden, si bien adecuados todos ellos a su situación de menor edad (sus derechos de libertad ideológica, religiosa o de expresión, o a su intimidad, no funcionan ni pueden ser ejercitadas por él igual que por un adulto), no apto todavía para ejercitarlos a ciertas edades, y necesitados, sin embargo, de particular protección para que su propia entidad e identidad personal no se frustre, y llegue a ser mañana un ciudadano activo bien integrado en la sociedad .

En lo concerniente al procedimiento el “interés superior del menor”, exige que el sistema no sea exclusivamente dispositivo, y que en caso de conflicto entre la aplicación de leyes que regulan los derechos del niño con otras disposiciones legales debe aplicarse la legislación del niño, niña o adolescente o sus principios.

Por otra parte, para lograr el “interés superior del menor” hay que flexibilizar el derecho formulario, porque siempre ha de prevalecer la verdad real por sobre la verdad formal, y

---

120 Rivero Hernández, Francisco, “El interés del menor”, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2007.

no se puede aceptar que una inadecuada elección de la fórmula o acción haga perder el juicio.

### **5. El interés superior del niño en la Convención de Derechos del Niño**

El interés superior debe ser la consideración primordial (aunque no la única) para todas las acciones que afecten al niño, su desarrollo y estabilidad. Entre los factores importantes que deben ser tenidos en cuenta para determinar las necesidades de desarrollo del niño, tal y como se definen en la Convención de Derechos del Niño, se incluyen:

- El “derecho (...) a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares» (art. 8°);
- El debido respeto a “la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico” (art. 20); entendiéndose que ello no implica la aceptación de las prácticas tradicionales dañinas y, que alcanzada la madurez, el niño puede elegir libremente su religión;
- El “derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud” (art. 24);
- “El derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social” (art. 27);
- “El acceso a la educación” (arts. 28 y 29);
- “El derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad” (art. 31).

Este principio del derecho internacional (art. 3° CDN) está presente en varias normas del CCyC. En la regulación de los procesos de familia, se refuerza como una directiva insoslayable para el órgano de decisión, y como orientador, para el supuesto de conflictos de orden procedimental que surjan en el transcurso de aquellos y que no tengan una respuesta legal expresa. La directiva, como se sabe, importa la satisfacción plena e integral de los derechos que titulariza la persona menor de edad, y una pauta de decisión y de valoración de los organismos que tienen incidencia en las políticas dirigidas a la infancia, incluyendo las legislativas.

Puede suceder que se cuestione la madurez suficiente para un determinado acto jurídico de naturaleza adjetiva (dotar a un niño, niña o adolescente de participación o calidad de parte, decidir si un niño de 9 años puede prestar el consentimiento para su propia adopción, por ejemplo) y, en ese supuesto, el magistrado podrá apelar a esta directiva en el aspecto procedimental. Siempre deberá considerar el derecho a ser oído y que es

necesario “tener en cuenta” la opinión del niño, niña o adolescente para conformar su interés superior (art. 12 CDN; arts. 3º, 24, 27 y concs. de la ley 26.061).

<sup>121</sup>El Código promueve el interés superior del niño, de modo que signifique la plena satisfacción de sus derechos. Así, se incorpora como principio rector y se convierte en pauta interpretativa y módulo de valoración de las normas aplicables, sean de índole sustancial o formal, debiendo estar presente en el primer lugar de toda decisión que afecte al niño".

Ahora bien, a nivel procesal, este principio se conjuga aquí con el derecho a la participación del niño o adolescente. De hecho, aquél debe ser escuchado personalmente por el juez en el proceso, con posibilidades de intervención, defensa y prueba en igualdad de oportunidades respecto de los demás involucrados. Esta participación implica que, sin perjuicio del sistema de la representación legal, necesaria y promiscua, se incluya al niño en la toma de decisiones, permitiéndole intervenir en las cuestiones que lo afecten.

Así, la persona menor de edad tiene el derecho a tomar la iniciativa para "hacerse escuchar", y el derecho a ser parte en función de su desarrollo, esto es, reconocerle legitimación activa, ofrecer prueba, etc.

La indeterminación del concepto se reduce si se toma en cuenta lo establecido en el artículo 3º de la ley 26.061, en cuanto expresa que por interés superior ha de entenderse la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías del niño, niña o adolescente. Considerando también especialmente que como pauta de decisión, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las personas menores de edad frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los de los primeros.

---

121 Lorenzetti, Ricardo L., Código Civil y Comercial de la Nación, Introducción de Ricardo Luis Lorenzetti, Comentarios Marisa Herrera, Editorial Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires.

## **CAPÍTULO XI**

### **“LOS PRINCIPIOS RELATIVOS A LA PRUEBA”**

**Sumario: 1- Introducción. 2- Principios de la prueba. 3- Carga dinámica de la prueba. 4- Normas relativas a la prueba en el CCyC.**

## 1. Introducción

En los procesos donde se ventilan conflictos de familia, el juez debe proceder con un criterio amplio y flexible en tomo a la admisibilidad, conducencia y valoración de las pruebas. Consecuentemente, se produce el desplazamiento de la carga de la prueba y se atribuye el deber al sujeto que se encuentra en mejores condiciones para producirla.

El art. 710 establece una distribución subjetiva del esfuerzo probatorio basada en la mayor facilidad en el aporte de los elementos de convicción. Tal reparto constituye lisa y llanamente la regla general de distribución de la carga de la prueba conforme el criterio de facilidad en su aportación, que es aplicable a todos los procesos de familia, se planteen o no dificultades probatorias específicas. Se trata de una regla específica para los procesos de familia, de carácter general, con incidencia en la carga subjetiva y objetiva, y que consagra el deber de colaboración y solidaridad en el aporte de la prueba en los procesos de familia<sup>122</sup>. La regulación tiene fundamento en la relevancia del conocimiento efectivo de los hechos de la causa en los conflictos familiares, presupuesto imprescindible para el dictado de sentencias justas, que aseguren la tutela efectiva de los derechos involucrados y de ella deriva el mencionado deber de colaboración probatoria.

En los “Fundamentos...” se expresa que: “En aquellos supuestos controvertidos, se tomaron decisiones que no estuvieron orientadas por nuestras impresiones personales, sino por los valores representados en el bloque de constitucionalidad y las decisiones legislativas o jurisprudenciales ya adoptadas en nuestro país”.<sup>123</sup> Una de ellas, sin dudas, la constituye la cuestión probatoria, herramienta imprescindible para las partes y para el juez en la solución del conflicto jurídico. ¿Por qué? Pues porque la actividad esencial de las partes en los procesos, luego de realizar sus postulaciones mediante la descripción de los hechos, es llevar convicción al juez sobre la ocurrencia de ellos en determinadas condiciones de modo, tiempo y lugar.

La doctrina sostiene<sup>124</sup> que no hay que confundir la fuente de la prueba con el medio a través de la cual se manifiesta. Esta última noción involucra los métodos que la ley

---

122 De los Santos, Mabel, “Las cargas probatorias dinámicas en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, en Peyrano Jorge y otros, Nuevas herramientas procesales, Bs. As., Rubinzal Culzoni, 2013, p. 383.

123 “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora”, en Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012

124 Kaminker, Mario, “Fuentes y medios de prueba en el Proyecto de CCyC”, en Revista de Derecho Procesal, 2013-1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2013, p. 67, con cita de Devis Echandía, Fuentes, argumentos y materia de prueba, Medellín, Diké, 1994, p. 90.

procesal dispone como vehículo para la prueba (testimonio, documento, indicio, confesión, inspección judicial, dictamen de peritos). Arazi<sup>125</sup> reserva el término medio de prueba a la actividad del juez, las partes o terceros, que se desarrolla dentro del proceso para acercar las fuentes de prueba, la cual se realiza de la forma en que lo indican los ordenamientos procesales. Las fuentes son las personas o las cosas de existencia previa al proceso que tienen conocimiento o representan el hecho a probar. Si bien toda la actividad en esta materia es reservada a las provincias, surge la necesidad de desplazar ese dogma para garantizar determinadas situaciones sustanciales de modo uniforme en todo el país. Esa fuerte razón constitucional permite el desplazamiento del dictado de reglas sobre medios de prueba del ámbito provincial al federal.<sup>126</sup>

## **2. Principios de la prueba**

Tanto por la importancia de alcanzar la verdad jurídica material en los casos en que están involucrados estos derechos, como por la dificultad que apareja probar hechos que normalmente ocurren en la intimidad de la familia, la prueba se rige por principios distintos del proceso civil clásico.

### *Libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba*

Estos principios alcanzan tanto al objeto de prueba, a los medios probatorios y a la interpretación de la prueba. Respecto del objeto de la prueba porque como ya explicamos la *materi decidendum* no es delimitada por las partes en sus escritos postulatorios.

En el proceso civil clásico las pruebas sólo pueden recaer sobre los hechos alegados y controvertidos. En materia de familia el juez puede apartarse de ellos para investigar hechos no alegados o no controvertidos, pues está en juego el orden público y el interés social. Salvo obviamente en cuestión meramente económicas y cuando las partes son mayores y capaces.

Respecto de los medios probatorios porque el juez puede solicitar medios de prueba no ofrecidos por las partes para lograr la convicción sobre los hechos, no siendo necesario esperar al momento procesal de las medidas para mejor proveer, sino al proveer la prueba puede introducir las que considere necesarias y conducentes a la averiguación de los hechos relevantes para resolver el conflicto, especialmente la intervención del cuerpo técnico mediante pericias psicológicas y socio-ambientales.

---

125 Arazi, Roland, La prueba en el proceso civil, Bs. As., La Rocca, 1998, p. 124.

126 Kaminker, Mario, "Fuentes y medios...", op. cit., p. 69.

Por aplicación de este principio se admite todo medio de prueba al declarar restricciones a las personas con discapacidad (art. 34) en supuestos de prueba de nacimiento, muerte y edad de la persona (arts. 96 y ss.) o del matrimonio (art. 423), para probar la propiedad de los bienes en el régimen patrimonial de separación de bienes (art. 506) y la unión convivencial no registrada (arts. 511 y 512).

Respecto de la interpretación de la prueba, como el hecho es un hecho de difícil prueba el juez deberá ocurrir al valorar las probanzas en conjunto, tiene mayor aplicación la construcción de presunciones y la valoración de la conducta de las partes como medio de prueba.

La libertad amplitud y flexibilidad respecto de la admisibilidad, producción y colaboración de la prueba está directamente relacionado con las cargas dinámicas de la prueba y la carga de colaboración.

#### *Favor probationes*

Como corolario de la amplitud y libertad de la prueba debe aplicarse el principio *favor probationes* por el cual en caso de duda el juez debe pronunciarse a favor de la admisión, la producción, o la eficacia de la prueba de que se trate.

Procura facilitar la acreditación de hechos que generan dificultad; los denominados hechos difíciles.

El desarrollo inicial lo efectuó Luis Muñoz de Sábate<sup>127</sup>, catedrático español, quien parte de la premisa que cuando la dilucidación de los hechos genera dificultades, previo constatarlas, debe concederse el favor.

<sup>128</sup>El *Favor Probationes* opera flexibilizando las reglas clásicas en orden a la admisión y valoración de la prueba e indica al juez que en casos de puntuales dificultades deberá facilitar la admisión de elementos probatorios y también actuará como una pauta de mérito a la hora de darle eficacia.

Es un principio idóneo el cual “no es una fórmula que se pueda precisar con al misma arquitectura que el legislador traza sus normas y que, además, posee una motivación mas psicológica que jurídica; de ahí que todo intento de abstracción o normativación se encuentre de antemano condenado al fracaso”<sup>129</sup>.

---

127 Muñoz de Sabate Luis Tratado de Probática Judicial J. B. Editor Barcelona España 1996

128 Ferreyra de De La Rúa, Angelina, “El proceso de familia. Principios que lo rigen”.

129 Peyrano, Jorge Peculiaridades en materia probatoria Libro Homenaje a Santiago Sentís de Melendo LEP, La Plata, 1996 pag. 100

<sup>130</sup>El principio supone que en caso de una duda objetiva y, especialmente, de dificultad probatoria, como acontece habitualmente en los procesos contenciosos de familia, habrá de estarse por un criterio amplio y flexible en tomo a la admisibilidad, conducencia y valoración de las pruebas, teniendo en consideración que los hechos llamados a constituirse en objeto de las mismas normalmente no suceden a la luz del día ni a la vista de terceros y se rodean, antes bien, de recaudas que deliberadamente apuntan a impedir su prueba o a tomarla muy dificultosa.

Dé esta manera, el principio bajo análisis logra flexibilizar las reglas sobre admisión y valoración de la prueba, y procura que el juez facilite la admisión de elementos probatorios a fin de compensar la aludida dificultad probatoria.

Ello es así, pues en materia de familia, muchos de los hechos que son objeto de prueba ocurren en la intimidad del hogar, o en lugares privados que dificultan su demostración, por lo que el juez habrá de estar por un criterio amplio y flexible respecto de la actividad probatoria.

A modo ilustrativo, se ha dicho que, en situaciones dudosas, deberá preferirse la apertura a prueba de la causa, antes que su declaración como de puro derecho, pues la falta de demostración de los hechos puede ocasionar a las partes un gravamen de imposible reparación ulterior, mientras que aun la superflua actividad probatoria, en el peor de los casos, habría de incidir en la duración de los trámites.

Entonces, si la prueba no es notoriamente improcedente, correspondería recibirla, no obstante la valoración que de ella haga el juez al momento de dictar la sentencia.

En esa misma línea, el artículo 31 de la ley 26.485 prevé que regirá el principio de amplia libertad probatoria para acreditar los hechos denunciados, evaluándose las pruebas de acuerdo con el principio de la sana crítica.

### **3. Carga dinámica de la prueba**

En atención a que en temas de derechos de familia la sociedad toda está interesada en alcanzar, dentro de las posibilidades procesales, la verdad material, en el código se establece que no rige el principio del proceso civil y comercial, en que cada parte debe probar los hechos a los que atribuye el efecto jurídico que pretende (hechos, fundamento de su pretensión), sino que existe un deber de colaborar con el juez para que este

---

130 Lorenzetti, Ricardo L., Código Civil y Comercial de la Nación, Introducción de Ricardo Luis Lorenzetti, Comentarios Marisa Herrera, Editorial Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires.

obtenga los elementos de convicción necesarios para fallar, aun cuando son fundamento de la pretensión de la contraparte (ej. aportar la historia clínica).

*La carga recae en quien está en mejores condiciones de probar*<sup>131</sup>

Se consagra legislativamente la jurisprudencia y doctrina de la llamada teoría de las cargas dinámicas, que, sintéticamente expresada, implica poner en cabeza de quien está en mejores condiciones de probar determinados hechos, la carga de hacerlo. Impone, cuando exista entre las partes una desigualdad de recursos materiales (económicos, de acceso a la información, etc.), el deber de colaborar en el esclarecimiento de la verdad, bajo apercibimiento de extraer de su conducta reticente un indicio en su contra (o, más precisamente: favorable a la hipótesis fáctica enunciada por el actor).

Este principio es excepcional en el derecho civil y comercial y se ha aplicado jurisprudencialmente sobre todo en casos de mala praxis médica. La razón de establecerlo para la materia de familia es que los hechos que normalmente se han de probar han ocurrido en el ámbito reservado de la familia y en la confianza que reina normalmente en él, por lo que es dificultoso obtener prueba al respecto.

Si el juez valora que alguna de las partes se encontraba en mejores condiciones fácticas, técnicas o profesionales para producir determinada prueba, y no lo ha hecho, la consecuencia de la falta de prueba será una presunción en su contra. Es decir que si quien estaba en mejores condiciones de probar (presupuesto de asignación del *onus probandi* según la “teoría de las cargas dinámicas”), ocultó, tergiversó o simplemente no aportó elementos que se encontraban a su disposición (omitiendo así “colaborar” en el esclarecimiento de los hechos) en principio obtendrá una sentencia en su contra.

La jurisprudencia aplica conjuntamente y no distingue la carga dinámica de la prueba y la aplicación del principio de colaboración en materia probatoria, para condenar al demandado frente a la ausencia de elementos de prueba directos que permitan verificar el modo en que sucedieron los hechos alegados. Normalmente ambos institutos van en el mismo sentido (quien tiene la posición dominante no cumple con su deber de colaboración). Pero puede ocurrir que la parte que se encuentra en mejores condiciones de probar (pesando así indefectiblemente sobre sus espaldas las consecuencias de la incertidumbre si acudiéramos a la “teoría de las cargas dinámicas”), aun aplicando sus mejores esfuerzos (razonablemente evaluados y cumpliendo entonces con su deber de

---

131 Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Directores Julio Cesar Ribera y Graciela Medina. Tomo II, Libro II, Título VIII, Capítulo I, Mariela Panigadi. Primera edición. Buenos Aires. La Ley, 2014

colaboración), no llegue a convencer al juez respecto de su tesitura sobre los hechos. La teoría de las cargas dinámicas de la prueba y su distinción respecto de la influencia del principio de colaboración en el proceso. Así, si en el ejemplo citado aplicáramos la primera institución, debería acogerse la pretensión ante la ausencia de prueba, porque entre el paciente y el médico, es este último quien objetivamente se encuentra en mejores condiciones de probar. Por el contrario, si valoramos el caso sobre la base del principio de colaboración procesal, llegaremos a la conclusión opuesta (rechazo de la demanda) Valora la conducta de las partes para extraer de ella argumentos de prueba (presunciones).

#### 4. **Normas relativas a la prueba en el CCyC.**

Algunos arts. específicos sobre prueba que contiene el CCyC:

- Prueba del matrimonio. El art. 423 determina la forma expresa en la que se prueba el matrimonio, aclarando que la posesión de estado por sí sola no es prueba suficiente para establecer el estado de casado.
- Prueba del carácter propio o ganancial de los bienes. El art. 466 determina que la confesión no es prueba suficiente para acreditar el carácter de los bienes.
- La prueba de las recompensas debe ser hecha quien la solicita y puede ser hecha por cualquier medio probatorio según el art. 492.
- La prueba de la propiedad en el caso del régimen de separación de bienes puede hacerse por todos los medios y el art. 506 establece que si no se puede demostrar a quien pertenecen se entiende que es de ambos cónyuges por mitades.
- Prueba de la filiación, la prueba genética demuestra el vínculo filial en la filiación natural si no hay posibilidad de realizarla por negativa de alguna de las partes el juez valora la negativa como indicio grave, artículo 579.

**CAPITULO XII**

**“CONCLUSIÓN FINAL”**

**Sumario: 1- Consideraciones finales. 2- Propuestas.**

## **1. Consideraciones finales.**

La incorporación de los principios procesales en las relaciones de familia, permite hacer un testeó de los principios con cada proceso de familia para su aplicación.

El trámite de familia actual requiere de una organización adecuada, un procedimiento propio y una particular injerencia del tribunal al tratar el conflicto, y a ese efecto el óptimo tratamiento se hace a través de fueros especializados y con vigencia de los principios examinados.

Lo difícil es que un proceso judicial culmine de manera satisfactoria para ambas partes, y lo usual es que lo que una de ellas considera justo, para la restante constituya un resultado injusto. Este desequilibrio en lo que hace la satisfacción de quien utiliza el servicio de justicia debiera mantenerse dentro de parámetros normales.

Es frecuente que el conflicto sea atendido por tribunales civiles que se rigen por normas dispositivas de los códigos formales. Por este motivo el elemento optimizador es la utilización de los principios propios de la materia familiar y con los que puede ponerse en funcionamiento el trámite. Esos principios propios al alcance de todos los jueces son los que proporcionan elementos orientadores que determinan reglas rectoras ineludibles ya que mediatizan garantías constitucionales.

La actividad jurisdiccional requiere de jueces éticos, que utilicen el proceso para arribar a la justicia del caso, con una razonada aplicación del derecho (ley, principios, valores, usos, costumbres), que sean creativos en su utilización, y argumenten incluso en contra de la regla escrita en función de valores superiores. Deben y debemos todos, como partes actuantes del sistema judicial, conocer el derecho constitucional con la misma profundidad que el civil, los análisis jurisprudenciales de los organismos con competencia constitucional para brindar respuestas razonablemente fundadas, y en un lenguaje comprensible y asequible a quienes trajeron sus pretensiones.

Hoy en día, la sociedad exige del juez de familia otras obligaciones y respuestas. Entre ellas, que su actuación tenga por marco, y se sujete, a la doctrina internacional de los derechos humanos, que garantice el acceso a la justicia mediante la efectiva participación de las personas en el proceso judicial y procure su escucha directa a través de mecanismos oportunos y eficaces para la resolución de los litigios. Asimismo, persiga la conciliación a través de su intervención activa, formulando propuestas de acuerdos que contemplen el interés de las partes y el respeto por sus derechos humanos, en especial de aquellos que se encuentran en situación de vulnerabilidad social.

La oficiosidad, la oralidad y la inmediatez del juez deben ser los pilares del nuevo procedimiento de familia, como lo refleja el Código Civil y Comercial de la Nación. Su

tan esperada sanción contribuirá a acercar un poco más los juzgados de familia a las personas y a hacer más efectivos los procedimientos judiciales.

La actuación del juez de familia que responda a los parámetros fijados por estos derechos fundamentales hará más accesible y efectiva la función jurisdiccional.

## **2. Propuestas.**

Como cierre del presente trabajo la propuesta apunta a receptar ampliamente, tanto por parte de los magistrados como de los profesionales, la aplicación y consideración de los principios procesales vertidos en el Código Civil y Comercial como orientes decisorios en sus consideraciones finales y durante todo el trayecto procesal.

Asimismo, formulamos la necesidad de que los jueces de familia respeten estos principios de alcance internacional, alguno de ellos, involucrados directamente con los mismísimos derechos humanos, procurando el acceso a la justicia de todas y cada una de las personas, sin distinción, escuchándolos y exponiendo propuestas que contemplen el interés de las partes, principalmente el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

El fin de todo conflicto es lograr arribar a la mejor y más conveniente solución para ambos actores del proceso, de esta manera exponemos que para poner el funcionamiento en trámite y que dicha satisfacción sea lograda, deberá optimizarse la utilización de los principios propios del derecho de familia.

**Bibliografía:****General:**

- Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Directores Julio Cesar Ribera y Graciela Medina. Tomo II, Libro II, Título VIII, Capítulo I, Mariela Panigadi. Primera edición. Buenos Aires. La Ley, 2014
- Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, Directores Herrera Marisa, Caramelo Gustavo, Sebastián Picasso, Comentarios Tomo II de Mariela González de Vicel. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 1ª Ed., 2015
- Código Civil y Comercial. “Los principios procesales en las Relaciones de Familia”. Microjuris Cita: MJ-DOC-7446-AR | MJD7446. Buenos Aires, 2015
- Lorenzetti, Ricardo L., Código Civil y Comercial de la Nación, Introducción de Ricardo Luis Lorenzetti, Comentarios Marisa Herrera, Editorial Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2015

**Específica:**

- Bertoli de Fourcade, Maria V., “El conflicto de familia y el derecho procesal”. 2012. MJ-DOC-6081AR/ MJD6081. Buenos Aires, 2015.
- De Los Santos, Mabel, “Los procesos de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, I. Introducción y fundamento de la inclusión de las normas procesales, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires. 2014.
- Ernesto Nahuel Parrilli, “Breves reflexiones sobre los procesos de familia y el interés superior del niño en el código civil y comercial”. Buenos Aires. 2015
- Ferreyra de De la Rúa, Angelina, “El proceso de familia. Principios que lo rigen”. Buenos Aires. 2014
- González de Vicel, Mariela. “El rol del juez de familia en el Código Civil y Comercial”, [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar), Infojus, Id Infojus: DACF140863. 2015

- Medina, Graciela. “El proceso de familia en el CCyCN”. Buenos Aires. 2015
- Ortiz, Diego Oscar. “La incorporación de los principios procesales en las relaciones de familia”. DPI DIARIO, Revista sobre Familia y Sucesiones, Buenos Aires. 2015
- Raffo, Pablo Ernesto. “El rol del juez de familia a la luz de los cambios legislativos”. Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Infojus, 2015.

**Páginas web visitadas:**

- Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ). <http://www.saij.gob.ar>.

## ÍNDICE

|                            |   |
|----------------------------|---|
| Resumen.....               | 2 |
| Estado de la cuestión..... | 3 |
| Marco Teórico.....         | 5 |
| Introducción.....          | 9 |

### CAPÍTULO I

#### “EL DERECHO DE FAMILIA. ENFOQUE PROCESAL MODERNO”

|                                   |    |
|-----------------------------------|----|
| 1- Introducción.....              | 12 |
| 2- Los tribunales de familia..... | 12 |
| 3- Enfoque procesal.....          | 13 |
| 4 - Conclusión.....               | 15 |

### CAPITULO II

#### “EL PROCESO DE FAMILIA”

|                                                                       |    |
|-----------------------------------------------------------------------|----|
| 1- Consideraciones generales en el CCyC.....                          | 17 |
| 2- El juez, la ley, la interpretación y la mirada constitucional..... | 18 |
| 3- Constitucionalización del derecho privado.....                     | 20 |
| 4- Normas que contemplan la constitucionalización.....                | 20 |

### CAPITULO III

#### “EL PROCESO CIVIL. LOS PRINCIPIOS PROCESALES”

|                                                              |    |
|--------------------------------------------------------------|----|
| 1- El proceso: Concepto.....                                 | 23 |
| 2- Normas formales en la norma de fondo.....                 | 23 |
| 3- El proceso de familia en el Código Civil y Comercial..... | 25 |

### CAPÍTULO IV

#### “LOS PROCESOS DE FAMILIA EN EL CCYC”

|                                                        |    |
|--------------------------------------------------------|----|
| 1- Introducción.....                                   | 28 |
| 2- El conflicto familiar.....                          | 29 |
| 3- Principios rectores de los procesos de familia..... | 31 |

### Capítulo V

#### “TUTELA JUDICIAL EFECTIVA”

|                                                               |    |
|---------------------------------------------------------------|----|
| 1- El principio de la tutela judicial efectiva; Concepto..... | 36 |
| 2- La tutela judicial efectiva en el CCyC.....                | 38 |
| 3- Aspectos que engloba la tutela judicial efectiva.....      | 40 |
| 3.i) Acceso a la justicia.....                                | 40 |
| 3.ii) Resolución en tiempo y forma.....                       | 42 |
| 3.iii) Medidas ejecutorias eficaces.....                      | 43 |
| 3.iv) Tutela preventiva.....                                  | 44 |

### CAPITULO VI

#### “INMEDIACION Y BUENA FE Y LEALTAD PROCESAL”

|                                                                |    |
|----------------------------------------------------------------|----|
| 1- El principio de la intermediación: Concepto.....            | 46 |
| 2- La intermediación en el CCyC.....                           | 49 |
| 3- Buena fe y lealtad procesal: Concepto.....                  | 49 |
| 4- El principio de buena fe y lealtad procesal en el CCyC..... | 52 |

### CAPITULO VII

#### “OFICIOSIDAD”

|                                                               |    |
|---------------------------------------------------------------|----|
| 1- Oficiosidad: Concepto.....                                 | 55 |
| 2- El impulso de oficio.....                                  | 56 |
| 3- Excepción al impulso de oficio.....                        | 56 |
| 4- Limitación del principio de disposición de los hechos y el |    |

|                                                 |    |
|-------------------------------------------------|----|
| Proceso.....                                    | 56 |
| 5- Las facultades en materia de prueba.....     | 57 |
| 6- El principio de oficiosidad en el CCyC.....  | 57 |
| 7- El juez como director del proceso.....       | 58 |
| 8- Oficiosidad o publicización del proceso..... | 59 |

### CAPITULO VIII

#### “LA ORALIDAD Y ACCESO LIMITADO AL EXPEDIENTE”

|                                                 |    |
|-------------------------------------------------|----|
| 1- Oralidad: Concepto.....                      | 61 |
| 2- El principio de oralidad en el CCyC.....     | 63 |
| 3- Acceso limitado al expediente: Concepto..... | 63 |
| 4- El principio de reserva.....                 | 63 |

### CAPITULO IX

#### “LAS PERSONAS VULNERABLES”

|                                                                                                  |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1- Concepto. Causas de vulnerabilidad.....                                                       | 68 |
| 2- Participación en el proceso de niños, niñas, adolescentes y personas<br>con discapacidad..... | 69 |
| 3- Los adultos mayores con capacidad restringida.....                                            | 69 |
| 4- Derecho a ser oído.....                                                                       | 71 |
| 5- Sujetos de derecho.....                                                                       | 72 |
| 6- Procesos que los afectan directamente.....                                                    | 73 |
| 7- Derecho a que su opinión sea tenida en cuenta.....                                            | 75 |
| 8- Participación en el CCyC.....                                                                 | 76 |

### CAPITULO X

#### “RESOLUCION PACIFICA DE CONFLICTOS. ESPECIALIZACION Y APOYO MULTIDISCIPLINARIO. EL INTERES SUPERIOR DSEL NIÑO”

|                                                        |    |
|--------------------------------------------------------|----|
| 1- La resolución pacífica de conflictos: Concepto..... | 78 |
|--------------------------------------------------------|----|

|                                                                         |    |
|-------------------------------------------------------------------------|----|
| 2- La resolución pacífica de conflictos en el CCyC.....                 | 79 |
| 3- Jueces especializados y apoyo multidisciplinario: Concepto.....      | 80 |
| 4- El interés superior del niño: Concepto.....                          | 81 |
| 5- El interés superior del niño en la Convención de Derechos del Niño.. | 82 |

## CAPITULO XI

### “LOS PRINCIPIOS RELATIVOS A LA PRUEBA”

|                                                 |    |
|-------------------------------------------------|----|
| 1- Introducción.....                            | 85 |
| 2- Principios de la prueba.....                 | 86 |
| 3- Carga dinámica de la prueba.....             | 88 |
| 4- Normas relativas a la prueba en el CCyC..... | 90 |

## CAPITULO XII

### “CONCLUSIÓN FINAL”

|                                  |    |
|----------------------------------|----|
| 1- Consideraciones finales ..... | 93 |
| 2- Propuestas.....               | 94 |

|                   |    |
|-------------------|----|
| BIBLIOGRAFÍA..... | 95 |
|-------------------|----|

|             |    |
|-------------|----|
| INDICE..... | 97 |
|-------------|----|