

Perfiles procesales del Derecho de Familia en el Proyecto del Código Civil y Comercial

DR. RUBÉN ÁNGEL COTTET

Juez del Tribunal Colegiado de Familia N°2. Santa Fe.

A través del presente aporte, se expondrán sucintamente algunas anotaciones sobre el Proyecto, en cuanto incorpora principios y reglas procedimentales, temperamento sobre el que se ha dicho desde hace décadas, que revela la intención legislativa de asegurar o reforzar la efectividad de los derechos, reconocidos en un Cuerpo normativo de Derecho sustancial.

Aunque en esencia parten de los clásicos lineamientos del proceso civil, la mayoría de las pretensiones que se introducen en los procesos y procedimientos de familia, procuran dar cobertura -lógicamente- a situaciones reguladas por derecho de fondo, en donde interactúan relaciones de estado de familia con cuestiones atinentes a la personalidad y capacidad de las personas. De ello, surge una necesidad de especial protección llevada a la realidad de los hechos, por una conjugación de organización de tribunales especializados, con un paso previo por una etapa de mediación -todavía no instrumentada en todas las sedes del país-, y la existencia de procedimientos con múltiples matices, que van desde aquellos que contienen la estructura propia de los procesos en todas sus etapas (amplitud de alegaciones, prueba y recursos), hasta otros que ni siquiera tienen definido claramente los pasos a seguir y que, a través del devenir de los tiempos, la doctrina jurisprudencial ha ido contorneando (v. gr. procedimiento de adopción).

Tales aspectos se ven influidos por la visión de la familia en los tiempos que corren, como también por paradigmas actuales, en aspectos tan relevantes

como la niñez y adolescencia, ancianidad, salud mental, acceso jurisdiccional de personas en estado de vulnerabilidad, entre otros. Así también no debe olvidarse que el objeto de la pretensión procesal familiar, a diferencia de otras, se manifiesta por un fenómeno que tiene «vida» y como tal, deviene cambiante a lo largo de la secuencia extrajudicial y procedimental, hecho que no puede omitirse a la hora de fijar las reglas que regirán los trámites jurisdiccionales.

Resulta claro que en la voluntad del proyecto confluyen, por un lado, razones de unidad de criterio regulatorio en instituciones que se consideran relevantes y, por el otro, motivaciones vinculadas a la necesidad de asegurar la efectividad de los derechos, que impulsan al legislador a regular aspectos procesales dentro del contenido de normas sustanciales.

Normas dedicadas específicamente a los Procesos de Familia

El título 8 del libro Segundo del Proyecto del Código Civil y Comercial, abroquetado en cuatro capítulos normas genéricas, aplicables a los procesos de familia, sin perjuicio de las específicamente previstas en otro sitio (art.705).

En ese orden, prevé disposiciones generales (arts. 706/711), que serán las abordadas brevemente en estas anotaciones, seguidas por normas regulatorias -en sentido amplio- de las acciones de estado de familia (arts. 712/715), reglas de competencia (arts. 716/720) y medidas provisionales (arts. 721/723).

Reglas generales aplicables a los procesos de familia

En la regulación prevista en los arts. 706/711, el Proyecto deja ver una línea moderna de varias reglas, sintonizada a tiempos actuales, receptora de la doctrina y jurisprudencia más avanzada en la materia, con una clara ambición de cumplir con las convenciones internacionales vinculadas a la temática.

El art. 706 alude a que *«El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, inmediatez, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. 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. Los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especiali-*

zados y contar con apoyo multidisciplinario. La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas».

La doctrina procesal¹ cuestiona que se consideren principios a sistemas del proceso o procedimiento, de tal manera que corresponde considerar efectivamente «principios» a la tutela judicial efectiva, la buena fe y la lealtad procesal (derivación del principio de moralidad), acceso limitado al expediente (principio de privacidad desarrollado en el art. 708), acceso a la Justicia y al interés superior de los niños, niñas y adolescentes, mientras quedan aprehendidos dentro de «sistemas»: la inmediatez, la oficiosidad (prevista luego en el art. 709), la oralidad, la especialización de los jueces y los equipos interdisciplinarios.

Se los considere principios o sistemas, la intención legisladora -que, aclara la Exposición de Motivos, sigue la línea legislativa del Proyecto de 1998-, procura la determinación de reglas aplicables a los procedimientos de familia en todos los casos.

Antes de analizar algunas de tales reglas y principios, debe destacarse por cier-

to, que -tal lo insinuado por el art. 705- existen otros sitios que también prevén situaciones tocantes a lo procedimental.

Así, en el título preliminar del Código que establece reglas generales y básicas coherentes en todo el ordenamiento, merecen destacarse las reglas sobre el ejercicio de los derechos, en donde hallamos el principio de buena fe, el abuso del derecho y el abuso de la posición dominante, el orden público como elemento rector y excluyente frente al actuar particular, la ineficacia de la renuncia general a las leyes.

Por lo demás, las reglas aquí aludidas deben ser complementadas con otras, también de implicancia procesal, ubicadas en otros sitios del Cuerpo, tales como las que regulan la capacidad y representación, los recaudos en las demandas de divorcio, alimentos, los efectos de la sentencia y los recursos, y procedimientos específicos, tales como el de adopción, filiación, autorización para contraer matrimonio, etcétera.

Dicha situación provocará una adaptación de los códigos procesales locales, pudiendo considerarse, inclusive, derogadas las disposiciones que se opongan a directrices expresas del nuevo cuerpo normativo proyectado.

Participación Procesal de Niños, Niñas y Adolescentes y de Personas con Discapacidad

Establece el art.707, que *«los niños, niñas y adolescentes con edad y grado de madurez suficientes 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».*

El derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta, enanca el *ius postulandi* o derecho de postulación, de los sujetos legitimados, enunciados por la norma.

Siendo así, en lo que hace a los niños, niñas y adolescentes (NNA), el análisis -aunque sucinto de la cuestión-, debe hacerse de modo ineludible, de modo conjunto con lo que prevé el art. 26 del Proyecto.

Refiere dicho canon, que *«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 suficientes 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. 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...»

Ello se vincula con las garantías que enuncia la Convención sobre los Derechos del Niño -art. 12- en cuanto refiere que *«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 Organismo apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la Ley nacional».*

La Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes -regulatoria de la CDN-, en su art. 27, reconoce específicamente cinco derechos: a) a ser oído; b) a que su

opinión sea tomada primordialmente en cuenta; c) a ser asistido por un letrado, preferentemente especializado en niñez y adolescencia, desde el inicio de los procedimientos, y en caso de carencia de recursos económicos, el Estado deberá proporcionar dicha asistencia profesional; d) a participar activamente en todo el procedimiento; y e) a recurrir -este derecho supone, para Kielmanovich, asegurar la doble instancia y un recurso de apelación concedido en forma libre-².

Siendo claro que la finalidad de la Convención y de la Ley 26.061, es lograr la real intervención del niño, parece adecuado remarcar que en el último de los cuerpos normativos referidos, no se imponen limitaciones al derecho a la asistencia letrada de los NNA, pues se le reconoce el derecho a la defensa técnica a todo niño, implicando una garantía del debido proceso, sin imponer limitaciones en cuanto a la edad, grado de comprensión y eventual existencia de intereses contrapuestos.

En cambio, en el Proyecto, conforme al enunciado art. 26, la asistencia letrada quedaría reducida a los supuestos de controversia con sus representantes legales y de acuerdo a su capacidad evolutiva.

Más allá de las críticas que recibe dicha proyección legislativa³, por un lado, pareciera que se confunde la funcionalidad del abogado del niño, en tanto nuevo interventor legitimado procesalmente (art. 27 Ley 26.061; art.... Ley prov. Santa Fe 12.167), con el tutor especial previsto normativamente en el art. 397 del Código Civil.

Por otro lado, no debe olvidarse que la figura del abogado del niño, más allá de la falta de instrumentación práctica en varias jurisdicciones provinciales, entronca con dos reglas basales: la de eficacia y la de autonomía progresiva. La primera, prevista en la CDN (art. 4), Ley 26.061 (art. 29) y Decreto Reglamentario (art. 29); mientras que la segunda, en los artículos 5, 14.2, 12, 18.1, 27.2, 32.1 y 6.2 CDN, como también por el ya citado art. 27 Ley 26.061.

Ante situaciones no regladas puntualmente y existiendo intereses que se contraponen al del niño, que bien pueden derivar de factores ajenos a los representantes legales, como puede ser del Estado (v. gr. ante una medida de internación involuntaria), la designación de un abogado del niño puede hacerse de modo oficioso.

El Tribunal cimero de la Nación el 26.10.2010 (CSJN, «G., M. S. v. J.V.L.»), dispuso que el Juez de la causa debe designar a un letrado especializado en la materia, a los efectos de que patrocine a los menores en el proceso, para que éstos sean escuchados con todas las garantías a fin de que puedan hacer efectivos sus derechos.

A partir del diseño que propone el articulado del Proyecto, pareciera que, a través de la posibilidad del «impulso oficioso» de los procesos de familia, a excepción de los de contenido económico-exclusivo y de las facultades-deberes del juzgador como director del proceso, bien puede echarse mano a tales pautas para designar a un abogado del niño, en aquellos casos en los que por su capacidad evolutiva el niño careciera del entendimiento necesario para así decidirlo, o que el conflicto de intereses no proviniera solamente de sus representantes legales.

Va de suyo que, en la actualidad, al hablar de capacidad evolutiva o competencia progresiva, estamos aludiendo a nociones flexibles.

No obstante, en algunos casos el Proyecto se aparta de la regla de progresividad de la madurez o grado de comprensión,

fijando un piso de trece años para contar con asistencia letrada. Es lo que acontece en los casos previstos por el art. 596, que faculta al adoptado adolescente para iniciar por su propio derecho, una acción judicial tendiente a conocer sus orígenes; y también por el art. 106, referente a la designación de tutor *ad litem* para los adolescentes, en referencia a la franja etaria ubicada entre los 13 y 18 años.

Impulso oficioso

Contempla el art. 709 del Proyecto, que «en los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del Juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente. El impulso oficioso no procede en los asuntos de naturaleza exclusivamente económica en los que las partes sean personas capaces».

Queda claro en la propia redacción que es «el impulso» del procedimiento, lo que adquiere carácter oficioso.

El Juez no puede disponer de oficio la iniciación del mismo (principio de demanda), sino que debe hacerlo la parte que cuente con legitimación para ello (art. 2 Ley 27), pues como se establece vulgarmente «donde no hay actor no hay Juez» (*nemo iudex sine actore*), sin duda

porque sólo el titular del derecho afectado es quien puede decidir si, frente a su posible inobservancia, habrá de requerir o no la intervención de un tribunal, y la concreta medida en que requerirá la tutela estatal⁴.

Afirma, al respecto, Kemelmajer de Carlucci, que la doctrina argentina y comparada mayoritaria extrae que el proceso familiar, una vez comenzado, debe continuar sin necesidad de petición de parte; se afirma que, 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 decisión⁵.

Así como el art.706 del proyecto requiere que los jueces en materia de familia lo sean especializados en la misma, sin esfuerzos debe concluirse que también deberá serlo el resto de los auxiliares (empleados, secretarios y demás funcionarios), y con Organos jurisdiccionales dotados del Cuerpo de auxiliares necesarios, como para poder llevar adelante la tarea pragmática que implica el impulso oficioso de las causas.

Reglas Probatorias

Primeramente, en el art. 710: «los procesos de familia se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba. La carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar».

Merece destacarse la incorporación de la regla de las cargas probatorias dinámicas, figura de manifiesta utilidad en los procesos, sobre todo en aquellos casos que han quedado en estado de ser resueltos, sin el suficiente aporte de pruebas que corrobore la versión de los interesados, surgida a partir de situaciones que no encontraban debido cobijo, en los moldes clásicos de los restantes sistemas de cargas probatorias.

Es una pauta de arraigada recepción jurisprudencial en procesos de familia. A modo ilustrativo (por abundar en repertorios conocidos), se reseña la concreta aplicación de las cargas probatorias dinámicas en una cuestión filiatoria: «la existencia de intereses superiores en la acción de desplazamiento filiatorio y la prueba del hecho negativo que ésta requiere, refuerzan el deber de colaboración de los interesados en el proceso y ponen en acto la carga dinámica de la prueba»⁶.

Luego, en el art. 711, se pone fin a una antigua discusión -superada en la doctrina actual- respecto de ciertos testigos excluidos. Señala el citado canon, que «*los parientes y allegados a las partes pueden ser ofrecidos como testigos. Sin embargo, según las circunstancias, el Juez está facultado para no admitir la declaración de personas menores de edad, o de los parientes que se niegan a prestar declaración por motivos fundados*».

El digesto procesal santafesino (art. 217), consagra un caso de inadmisibilidad de prueba testimonial, al señalar que, salvo las excepciones que señala, no podrán ser presentados como testigos contra una de las partes: el cónyuge, aunque esté separado, los parientes en línea recta o en segundo grado de la colateral, y los tutores, curadores o pupilos.

En doctrina se diferencia la situación que se plantea cuando el testigo de una parte es propuesto por ésta, del caso en que es ofrecido por un extraño, hipótesis vedada por la norma⁷.

Como se sabe, el fundamento de dicho impedimento es la solidaridad familiar, que posee una dualidad de aspectos: como sentimiento tutelado, para evitarle al testigo la violencia de tener que per-

judicar a la parte de quien es pariente, y como motivo de desconfianza, en cuanto se supone que la declaración que beneficia al pariente es falsa.

Ahora bien, el texto incluido dentro del título 8, referente a los procesos de familia, haciéndose eco de abundante doctrina jurisprudencial, admite el aporte testimonial de las personas antes señaladas, facultando al juzgador a evaluar los fundados motivos de parientes que se niegan a prestar declaración, o la conveniencia de interrogar a menores de edad.

Subyace a la intención proyectista lo afirmado por la doctrina especializada, al sostener que en pretensiones del derecho de familia, es de aplicación el principio del *favor probationes*, que, en sintética enunciación como se sabe, supone que en caso de objetivas dudas y especialmente de dificultades probatorias -tal como acontece habitualmente en los procesos contenciosos de familia-, habrá de estarse por un criterio amplio a favor de la producción, admisión y eficacia de las pruebas, técnica procesal hallada para permitir y favorecer la reconstrucción de hechos que no suceden habitualmente a la luz del día, ni a la vista de terceros.

Finalmente, para concluir estas breves anotaciones, debemos señalar que será el desarrollo de los distintos procesos de familia, el que juzgará el acierto o error de incorporar pautas procedimentales en el proyectado Código Civil y Comercial ■

¹ FALCON, ENRIQUE M. «Los Procesos de Familia en el Proyecto de Código Civil» en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2012-3, T.II, de. Rubinzal-Culzoni, PÁG. 424

² «Reflexiones procesales sobre la Ley 26.061», en LL, del 17.11.2005, PÁG.1

³ RODRIGUEZ, LAURA, en «Revista de Derecho de Familia y de las Personas», La Ley, Julio 2012, PÁGS. 234/242

⁴ KIELMANOVICH, JORGE «Procesos de Familia», Ed. Abeledo-Perrot, PÁG. 14

⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída «Principios procesales y tribunales de familia», en J.A., 20.10.93, PÁG. 11.

⁶ C. 1a. Fam. de Córdoba, 23.6.97, «C., N.G. C/ P. de A., I. A.», en L.L.C. 1999-1471

⁷ Vid la copiosa reseña de antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios consignados por Carlos J. Colombo en Testigos «Excluidos» por parentesco o vínculo conyugal en «Revista de Derecho Procesal. Prueba-II»; Rubinzal-Culzoni, año 2005; PÁGS. 15/33