

# BREVES REFLEXIONES SOBRE LOS PROCESOS DE FAMILIA Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

*Por Ernesto Nahuel Parrilli*

## **I. Consideraciones generales.**

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 (artículo 3), 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 artículo 1 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 artículo 2 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>1</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 códigos del siglo XIX 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.

---

<sup>1</sup> Bidart Campos, G. J., *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.

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 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>2</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*.

## **II.- El proceso civil. Los principios procesales:**

El término proceso alude a la acción de ir hacia adelante en búsqueda de un determinado fin, pero no de una sola vez, sino a través de sucesivos momentos.

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>3</sup>.

Por otra parte, este ordenamiento jurídico procesal se ilumina en una serie de principios que constituyen directivas u orientaciones generales, los cuales necesariamente deben responder a las circunstancias históricas, políticas y sociales vigentes en la comunidad de que se trate <sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Bidart Campos, G. J., *op. cit.*, pág. 385.

<sup>3</sup> Palacio, L. E., *Manual de Derecho Procesal Civil*, 18ª Edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, pág. 52.

<sup>4</sup> Palacio, L. E., *ob.cit.*, pág. 63.

Entre los principios que encontramos en nuestro actual Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, podemos mencionar: a) el dispositivo –causa del llamado principio de congruencia– (art. 163, inc. 6, art. 277); b) el de preclusión (art. 333, art. 347, etc.); c) el de publicidad (art. 125, inc. 1); d) y el de contradicción (art. 18 de la CN), entre otros.

Tales principios lejos de ser absolutos –no son un fin en sí mismos–, 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*.

### **III.- La importancia de la reforma del Código Civil y Comercial y su influencia en los procesos de familia: El interés superior de los niños, niñas o adolescentes. La carga dinámica de las pruebas.**

El nuevo Código Civil y Comercial lejos de apartarse de lo explicado hasta el momento, lo refuerza. Así, en el Libro II de las Relaciones de Familia, Título VIII, artículos 705 a 711, regula lo atinente a los procesos de familia, estableciendo nuevos principios generales en tales procesos.

El art. 706 prevé que el proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. Además, no perdiendo en vista aquel paradigma protectorio de tutela del más débil, resalta 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.

A lo explicado hasta el momento, debe agregarse que el mismo artículo hace alusión a un último principio rector de interpretación que los jueces deben utilizar: *el interés superior de los niños, niñas o adolescentes*, en los procesos de familia en los que estén involucrados derechos y garantías de éstos.

Dicho principio puede ser definido, como “*el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto, ya que no es concebible un interés del menor puramente abstracto, el que excluye toda consideración dogmática*”

*para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso*”<sup>5</sup>. Cabe recordar, que ya se encontraba previsto en el artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, normativa internacional que tienen jerarquía constitucional desde el año 1994.

Paralelamente, en el ámbito interno, el art. 2, in fine, de la ley 26.061, establece que los derechos y garantías de los niños consagrados en esa normativa son de “orden público”, “irrenunciables”, “interdependientes”, “indivisibles” e “intransigibles”. Tal normativa implica que los jueces no deben tomar un papel pasivo frente a las pretensiones donde se hallen en juego derechos fundamentales de los niños, sino que les corresponde ejercer un rol protagónico, actuando de oficio cuando las circunstancias del proceso lo requiriesen. Así, el artículo 709 del Código Civil y Comercial refuerza tal extremo al disponer que en los procesos de familia –se exceptúan los procesos de naturaleza exclusivamente económica– el impulso procesal está a cargo del juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente.

Puede observarse como el principio dispositivo, definido por Palacio como aquél principio *“en cuya virtud se confía a la actividad de las partes tanto el estímulo de la función judicial como la aportación de los materiales sobre los cuales ha versar la decisión del juez”*<sup>6</sup>, es desplazado por el de oficiosidad.

Por su parte, el art. 3, in fine, de la ley 26.061, también impone es actividad oficiosa de la magistratura, dado que prevé que *“cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”*.

En definitiva, más allá del *thema decidendum* determinado por las partes, en estos procesos basados en cuestiones de orden público, puesto que se hallan en juego derechos indisponibles, debe primar la actuación de los jueces para que aquellos no se vean conculcados. La Corte Federal ha defendido esta postura al sostener que *“cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia la naturaleza de las pretensiones, encauzar los tramites por vías expeditivas evitar que el rigor de las formas pueda conducir la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional”*<sup>7</sup>. Cabe aclarar, que la facultad inquisitiva de los jueces para esta clase de

---

<sup>5</sup> Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, c. 87.970, sentencia del 5 de diciembre de 2007.

<sup>6</sup> Palacio, L.E., *op. cit.*, pág. 63.

<sup>7</sup> Fallos: 324:122; 327:2413.

procesos civiles, deberá aplicarse sin vulnerar el derecho de defensa en juicio de los demás participantes del juicio.

Por último, en los procesos que brevemente estamos analizando, puede observarse una nota característica en relación a la prueba. El art. 710 establece un régimen de libertad, amplitud y eficacia probatoria, como así también resalta la aplicación del principio de la carga dinámica de la prueba. Este principio consiste en imponer a ambas partes la obligación de aportar elementos de juicio al juzgador, privilegiando la verdad objetiva sobre la formal para brindar la efectiva concreción de la justicia<sup>8</sup> y entra en juego, precisamente, en esta clase de procesos, dada la situación de vulnerabilidad de los niños, niñas o adolescentes<sup>9</sup>.

#### **IV.- Conclusión.**

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>10</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 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>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, c. 117.760, sentencia del 1 de abril de 2015.

<sup>9</sup> Fallos: 334:1387.

<sup>10</sup> Lorenzetti, R. L., *Código Civil y Comercial de la Nación*, Introducción de Ricardo Luis Lorenzetti, Editorial Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2014, pág. 11.

<sup>11</sup> Radbruch, G., *Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal*, Traducción de María Isabel Azareto de Vásquez, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1962, pág. 38.

## **Bibliografía:**

- Bidart Campos, G. J., *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.
- *Código Civil y Comercial de la Nación*, Introducción de Ricardo Luis Lorenzetti, Editorial Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2014.
- Kielmanovich, J. L., "Sistema inquisitivo y derechos del niño", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, N° 9, Buenos Aires, 2011.
- Mizrahi, M. L., "El proceso de familia que involucra niños", en *La Ley*, publicado el 27/11/12, Buenos Aires, Cita Online: AR/DOC/5479/2012.
- Palacio, L. E., *Manual de Derecho Procesal Civil*, 18° Edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004.
- Radbruch, G., *Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal*, Traducción de María Isabel Azareto de Vásquez, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1962.
- Vigo, R. L., *Los Principios Jurídicos. Perspectiva Jurisprudencial*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000.