

Procedimiento de familia y el proyecto de código unificado

27 noviembre 2012 por [Ed. Microjuris.com Argentina](#) [Dejar un comentario](#)

Autor: Bertoldi de Fourcade, María V.

Fecha: 27-nov-2012

Cita: MJ-DOC-6081-AR | MJD6081

Sumario:

I. El conflicto de familia y el derecho procesal. II. Los procesos de familia en la regulación propuesta. III. Principios procesales. IV. Acciones de estado. V. Reglas de competencia. VI. Conclusiones.

Doctrina:

Por María V. Bertoldi de Fourcade (*)

I. EL CONFLICTO DE FAMILIA Y EL DERECHO PROCESAL

El proyecto de Código Civil y Comercial unificado 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». Al hacerlo, estimo, que se adoptan posiciones reclamadas por la doctrina y jurisprudencia con anterioridad y, en los puntos en los que existen disidencias, se eligen caminos intermedios, sin incurrir en fundamentalismos ni eufemismos. 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. Asimismo, la propuesta intenta acercar el derecho a la realidad para que, como decía Borrel Maciá, esta no sea como la corriente de aguas tumultuosas que lo supera y arrasa.

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 (1) . 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).

Se ha dicho que «es sabido que las normas procesales no se encuentran ubicadas exclusivamente en las códigos de procedimiento y en las leyes de organización y competencia de los órganos judiciales. También las hay en la Constitución Nacional, en las constituciones provinciales, en los códigos de fondo a que se refiere el art. 67 inc.11º de la Constitución Nacional y en los ordenamientos jurídicos nacionales y provinciales de diversa índole» (2). 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» (3). 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 (4).

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» (5).

En este punto, el proyecto que nos ocupa es novedoso, pues fija de manera sistematizada las pautas que han de regir el procedimiento familiar; reconoce de esa manera la existencia de un derecho procesal de familia, cuya autonomía científica y legislativa ya no se discute, lo que será aplicable en todo el territorio de la Nación. Lo verdaderamente nuevo en el proyecto es, entonces, el diseño 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 CDN, de las convenciones vinculadas a la situación de las personas con discapacidad y de las Cien Reglas de Brasilia que así lo propician.

Asimismo, se destaca el perfil propio de estos procedimientos al requerir la especialización de los operadores y el apoyo de la multidiscipliplina para el abordaje del conflicto familiar, distinto del que corresponde a lo puramente patrimonial.

II. LOS PROCESOS DE FAMILIA EN LA REGULACIÓN PROPUESTA

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 proyecto incorpore disposiciones referidas a los procesos de familia. La inclusión sistematizada de normas de naturaleza adjetiva, tal como se propone, 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 (6).

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. Lo dicho es sin perjuicio de señalar que numerosas disposiciones del Código propuesto, como lo hace el vigente, se encargan de establecer precisamente el procedimiento a seguir (7).

Se destacan especialmente reglas referidas al:

a. Interés superior del niño y a su participación en el proceso (arts. 706 y 707)

Las decisiones que se dicten en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes deben tener en cuenta el interés superior de esas personas y se plantea la posibilidad de su participación en el proceso y su derecho a ser oídos de manera personal por el juez, según las circunstancias de modo que su opinión sea tenida en cuenta cuando los procesos los afecten directamente. Esta regla opera como reglamentación de normas constitucionales (art. 75 inc. 22 y arts. 3 y 12 CDN) (8) y trasunta la amplia aceptación jurisprudencial de dicha directriz (706, párr. 4º) (9). Se alude al art.3 de la Convención de los Derechos del Niño, pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño como parámetro objetivo (10).

b. Acceso a la justicia de las personas vulnerables

El proyecto destaca, asimismo, que las reglas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables; se refiere expresamente a las personas mayores con capacidad restringida que estén en condiciones de formar un juicio propio, (11) las que tienen derecho a ser escuchadas, según las circunstancias, y cuya opinión deberá ser tenida en cuenta cuando el proceso las afecte directamente. Así lo indica en el art. 706, párr. 2º y lo afirma el art. 707 del proyecto recogiendo las Cien Reglas de Brasilia (12) (año 2008) en un concepto omnicompreensivo, también, de los intereses de los ancianos y víctimas de la violencia. Es interesante recordar que estas reglas explicitan que se consideran en condición de vulnerabilidad 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. De esta manera se responde al mandato consagrado en el art. 75 inc. 23 CN y en el art. 27 de la Constitución de la Provincia de Córdoba, a partir de propiciar medidas de acción positiva para lograr un trato que permita alcanzar los niveles de satisfacción en sus derechos de igual manera que quienes no sufren limitaciones.

c. Especialización y multidisciplinaria

Se advierte, asimismo, la recepción de una inquietud reiterada en las propuestas de congresos y otros eventos científicos de derecho procesal que insisten en la necesidad de que los jueces de familia sean especializados en la materia y cuenten con apoyo multidisciplinario (706 párr.3º).

En tal sentido en la Comisión pertinente del XXVI Congreso de Derecho Procesal celebrado en Santa Fe (año 2011), se concluyó la importancia de crear fueros especializados y se puso acento en el necesario auxilio multidisciplinario para resolver los conflictos de familia (13).

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

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

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

La multidisciplinaria, (14) a su vez, significa que los tribunales que actúen la materia familiar deben contar con gabinetes de apoyo y con colaboración de médicos, psicólogos, asistentes sociales y otros profesionales cuya formación sea adecuada a los fines que se pretendan alcanzar (15). En este aspecto es dable señalar que nuevas instituciones diseñadas en materia de régimen patrimonial del matrimonio y en los efectos del divorcio y el fin de la unión convivencial tornarán necesario también el aporte de profesionales en ciencias económicas (ej. arts. 441, 442, 524 y 525).

III. PRINCIPIOS PROCESALES

Los principios procesales se plantean como disposiciones generales aplicables a todos los procesos de familia, sin perjuicio de su replicación en otros preceptos.

Los que se enuncian expresamente son los de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente (art. 706 párr.1º); seguidamente incorpora, como criterio propio del ámbito que nos ocupa, el principio de libertad y flexibilidad probatoria (arts. 709 y 710 AP). Nos ocuparemos brevemente de cada uno de ellos.

a. Tutela judicial efectiva

La tutela judicial efectiva encuentra reconocimiento en los arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Comprende la garantía de acceso a la justicia y se complementa con los principios de concentración y celeridad, que derivan del principio de economía procesal aspecto también vinculado a la necesaria disminución de los gastos del proceso (16). Implica la existencia de un juez independiente, imparcial y preconstituido por la ley (art. 18 CN), con respeto del derecho de defensa en igualdad de oportunidades que la contraria (art. 16 CN) y que culmine con una sentencia razonablemente fundada (conf. art. 3 del proyecto) dictada en un plazo razonable.

Asimismo, la noción alude a las herramientas procesales necesarias y proporcionadas para garantizar el efectivo cumplimiento de las resoluciones judiciales (17).

b. Inmediación y personalidad: oralidad

El principio de inmediación involucra el de personalidad. Se plasman en el proyecto en diversas normas especiales que concretan una necesaria oralidad (18).

La «inmediación» supone el contacto directo entre juez, partes y órganos de prueba, lo que es fundamental en la materia. (19) Este principio sugiere la oralidad como sistema (20). Sin embargo, aun en los tipos escritos deben existir «dosis o momentos de oralidad», a fin de concretar el mandato de que el juez escuche directamente a los involucrados. La oralidad de que se trata supone el ejercicio de la facultad judicial de citar a las partes aunque no implica que lo sean todos los sistemas pues estos nunca son puramente orales o escriturales.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha destacado la importancia de este principio; ha señalado que, cuando se debaten cuestiones referidas a menores, debe favorecerse un contacto directo y personal del órgano judicial con estos y que la eficiencia de la actividad tutelar torna aconsejable una mayor inmediación del juez con la situación de aquellos (21). Como vemos, 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.

c. Solución pacífica del conflicto familiar (706, párr. 2º)

De este postulado deriva el principio procesal de conciliación y reconoce la trascendencia de la mediación como forma alternativa de encontrar una solución pacífica. Hemos destacado que la inmediación, que se predica en el diseño postulado, torna posible que el órgano jurisdiccional facilite el consenso en los procesos que involucran cuestiones de familia.

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

Las soluciones consensuadas dan más alternativas de cumplimiento espontáneo; con igual propósito podría recurrirse a las técnicas de mediación. Ambas modalidades pueden referirse a la totalidad de los aspectos controvertidos o solo algunas cuestiones. La recepción de los principios referidos responde a la recomendación del XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, según se concluyera al punto 2 en la comisión respectiva y a las Reglas de Brasilia ya mencionadas (22).

d. Principios de buena fe y lealtad procesal

Los principios de «buena fe» y «lealtad procesal» se incluyen en el de «moralidad» y deben imperar no solo en las relaciones procesales, evitando el abuso del proceso, y en las nacidas del derecho de fondo que destaca que los derechos deben ser ejercidos de buena fe y en forma regular (23). Estos deberes jurídicos pesan sobre las partes y que el juez previniendo y sancionando todo acto contrario al principio de moralidad. De ellos derivan nuevas formulaciones, tales como la de solidaridad y cooperación con el tribunal, los que se han destacado ya en la valoración de la conducta del demandado renuente a practicarse las pruebas biológicas en los juicios de filiación (24).

Este principio comprende la valoración de la conducta procesal de las partes en el juicio, como lo señalan los códigos procesales (conf. arts. 316 , CCPC Cba. y 163 , CPCCN), e insta a que se evalúe el desempeño de los involucrados en sus roles familiares.

En doctrina la «moralidad» del trámite también se proyecta en el principio clare loqui («hablar claro»); ello es comunicarse mediante un lenguaje claramente comprensible y así se lo propuso la comisión al redactar el proyecto que repasamos (25).

e. Principio de oficiosidad

El principio de oficiosidad, meramente enunciado en el art. 706, se explicita en el art. 709. Esta norma establece que en los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente y que ello no procede en los asuntos de naturaleza exclusivamente económica en los que las partes sean personas capaces. Ello supone que las causas se impulsan oficiosamente, se puede coleccionar prueba de oficio y, dictar, en determinados casos medidas urgentes (26). Asimismo las medidas provisionales relativas a la persona pueden ser dispuestas sin petición de parte.

La idea de un juez director del trámite encuentra su correlato en materia de acciones de estado en las que se encuentra comprometido el orden público, tal como acontece en las acciones de filiación.

La norma reconoce al juzgador la potestad de ordenar de oficio pruebas trascendentes en este ámbito (27). Es dable advertir que esta amplitud alcanza solo a aquellos asuntos que exceden el mero interés particular de las partes. Por ello también se establece la actividad oficiosa en las normas que se refieren a la pruebas biológicas y las referidas al juicio de adopción, ya que se autoriza expresamente a que este juicio pueda ser «iniciado de oficio» (art. 616 proyecto). Es dable advertir que el nuevo texto reconoce, además, otras situaciones en las que el juez de familia puede actuar oficiosamente. Así, puede promover lo que corresponda cuando tenga noticia de un hecho que motive la apertura de una tutela (art. 111); en materia de alimentos, puede imponer al obligado incumplidor medidas razonables para asegurar la eficacia de la resolución y también puede hacerlo ante la reiteración de incumplimiento en el régimen de comunicación (arts. 553 y 557); si quien pretende acceder al expediente de guarda y adopción es un menor de edad que procura ejercer su derecho a conocer su historia de origen, el juez actuante puede, de oficio, dar intervención a los equipos técnicos (art. 596).

En igual dirección, en materia de «convenio regulador de los efectos del divorcio», el juzgador podrá requerir a las partes que acompañen más elementos para fundar sus propuestas. Ello pues la presentación de un convenio regulador constituye un requisito de admisibilidad de la demanda tanto si se trata de una presentación de divorcio realizada en forma conjunta como si la iniciativa ha sido unilateral, en cuyo caso deberá presentarse una propuesta de convenio y la contraria podrá presentar otra; si con estos elementos no se llegara a una convención se dictará sentencia de divorcio y la cuestión deberá dilucidarse con posterioridad. Asimismo debe recordarse que tales convenios pueden referirse tanto a aspectos personales de las relaciones entre los padres y los hijos como a cuestiones de contenido exclusivamente patrimonial. Además con el fin de asegurar

la efectividad de lo acordado el juez tiene potestades para exigir oficiosamente a las partes garantías reales o personales que aseguren el cumplimiento de lo establecido con miras a aprobar el convenio de que se trate (art. 438).

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

f. Principio de reserva

El proyecto de código enuncia, en el art. 708, el tradicional principio de reserva como «acceso limitado al expediente». Ello así ya que en el conflicto familiar es fundamental preservar la intimidad de los involucrados.

Se tutela entonces el «derecho a la intimidad» que recibió consagración legal en el art. 1071 bis del Código Civil vigente (28) y responde al mandato constitucional contenido en el art. 19 CN y en el art. 41 de la Constitución de la Provincia de Córdoba. En el caso que nos ocupa la referencia a la «intimidad personal o familiar» se encuentra en el libro primero, de la “Parte general”, en el título I, capítulo III, del nuevo texto legal que trata los derechos de la personalidad, sistemáticamente abordados, y cuya violación constituye una forma de las «afectaciones a la dignidad» de la persona humana.

Esta regla de preservación de la privacidad se percibe también en la nueva modalidad del juicio de divorcio pues, desde el derecho de fondo, se la privilegia al suprimir todas las causales referidas a la decisión de terminar con el matrimonio. Es así que el divorcio puede plantearse de manera unilateral o conjunta sin aludir a motivo alguno reforzando también el principio de autonomía personal. Esta tendencia también se manifiesta al consagrar la posibilidad de optar por casarse o no hacerlo, o recurrir a una unión convivencial cuya regulación legal es mínima.

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

Aunque el art. 708 señala que el acceso al expediente en los procesos de familia está limitado a las partes, sus representantes y letrados y a los auxiliares designados en el proceso, esto debe entenderse extendida a la privacidad de las audiencias y a la consulta del protocolo para preservar efectivamente el derecho que es su fundamento (29).

En caso de que las actuaciones sean ofrecidas como prueba ante otro juzgado, se debe ordenar su remisión si la finalidad de la petición lo justifica y se garantiza su reserva.

g. Principio de libertad y amplitud probatoria

El proyecto adopta el principio de libertad y amplitud probatoria que alcanza tanto lo que refiere al objeto a probar como a los medios probatorios, lo que involucra, además, al criterio de flexibilidad y proporcionalidad de la prueba (art. 710 AP). Se advierte, al repasar el texto que nos ocupa, que en diversas instituciones se pone de manifiesto la amplitud con la que pueden probarse los extremos que se invoquen (30) Siguiendo a Morello la ciencia procesal abrió nuevos cauces en orden a la carga probatoria en una visión solidarista que acentúa la efectiva participación en el proceso (31).

Como se advierte que el «hecho familiar» responde a la categoría de los de «difícil prueba» en numerosas ocasiones, (32) el Código propuesto es coherente con los principios repasados, los planteos de la doctrina, lo resuelto en la jurisprudencia y algunos proyectos de códigos de procedimiento, (33) y por ello deroga en la materia familiar la calidad de «testigo excluido» (art. 309 CPCC Cba. y art. 427 CPCCN).

Sin eufemismos, se establece que los parientes y allegados a las partes pueden ser ofrecidos como testigos y se faculta al juez a no admitir la declaración de personas menores de edad según las circunstancias del caso (art. 711). El Poder Ejecutivo agregó un párrafo de difícil justificación a la norma originariamente proyectada, al precisar que: «Sin embargo, según las circunstancias, el juez está facultado para no admitir la declaración [...] de parientes que se niegan prestar declaración por motivos fundados».

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

IV. ACCIONES DE ESTADO

El título VIII de este libro II que estamos repasando también reconoce las características propias de las acciones de estado de familia; estas se vinculan al orden público ínsito en el estado civil por lo que son imprescriptibles e irrenunciables (art.712). Se destaca, en particular, respecto a la acción de divorcio (art. 436) y a las acciones de filiación (art. 576).

Asimismo es propia de estas acciones su «inherencia personal», por lo que no pueden ser ejercidas por subrogación y solo se transmiten por causa de muerte cuando la ley lo establece (art. 713).

Esta característica no se predica de los derechos patrimoniales adquiridos como consecuencia del estado de familia, los que están sujetos a prescripción o a renuncia por ser disponibles (conf. art. 576 y 712).

Lo dicho es sin perjuicio de la pérdida de los derechos que acarrea la «caducidad» que, como institución diferenciada, encuentra amplia recepción en materia de acciones de estado de familia y otras vinculadas (34).

Mediante la caducidad, a raíz de la inactividad y el transcurso del tiempo previsto por ley, se pierde el derecho del que se gozaba. Se advierte que es una sanción gravísima que determina la extinción misma del derecho que no se ejercita por lo que se pierde toda oportunidad de actuarlo luego de que haya acaecido. Procura consolidar una situación y apunta a la seguridad jurídica. La caducidad tiene especial trascendencia en materia de acciones de filiación y su aplicación ha determinado no pocos criterios interpretativos en la jurisprudencia y algunas declaraciones de inconstitucionalidad, tanto en lo relativo a los legitimados activos, no expresamente contemplados por las normas, como en los plazos de caducidad o la forma de cómputo.

La novedad del anteproyecto radica en que se amplían los legitimados -incluye al cónyuge de quien dio a luz, al hijo, a la madre y a cualquier tercero que invoque un interés legítimo-, se reduce el plazo de caducidad de dos años a uno y se admite que el cómputo se realice a partir de que se toma conocimiento de que el hijo podría no ser tal. Ello enerva las objeciones a su mantenimiento ya que admite la libre decisión del legitimado para sostener la filiación establecida o impugnarla desde que conoce que puede no responder a la realidad.

Asimismo, la regulación proyectada excluye de la posibilidad de intentar estas acciones en supuestos en los que la persona ha sido concebida por técnicas de reproducción humana asistida si ha mediado consentimiento previo, informado y libre con independencia de quien haya aportado los gametos (35).

Entendemos que, desde lo metodológico, la caducidad de las acciones de nulidad de matrimonio producida la muerte de uno de los cónyuges y la necesidad de que exista sentencia para que el matrimonio pueda ser tenido por nulo, referidas en este título (arts. 714 y 715), debieron incorporarse al que trata específicamente la nulidad matrimonial y las acciones pertinentes (libro II, título I, capítulo 6).

V. REGLAS DE COMPETENCIA

El proyecto explicita reglas de competencia territorial en este título por lo que, al estar contenidas en el código de fondo, se trata de disposiciones aplicables en toda la Nación con la consecuencia de que no es posible admitir una prórroga de jurisdicción.

En los procesos referidos a responsabilidad parental, guarda, cuidado, régimen de comunicación, alimentos, adopción y otros que decidan cuestiones referidas a los niños, niñas y adolescentes se establece que es juez competente el del lugar donde la persona menor tiene su centro de vida (art. 716).

Se responde así a pautas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño y sus leyes reglamentarias a nivel nacional (Ley 26.061, art. 3) (36) replicadas en otras provincias (37) y de lo que ya había sido destacado por la doctrina y la jurisprudencia. Asimismo, el lugar seleccionado posibilita que se concreten otros principios que ya destacamos trascendentes en el debate judicial de los asuntos que involucran a personas menores de edad, tal como los de inmediatez, personalidad y oralidad. Es, además, novedoso en este aspecto que la determinación de la competencia del juez del centro de vida del menor de edad se establezca no solo cuando se trata de un «juicio principal» sino cuando se trata de «modificar lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional», tal como reza la norma que nos ocupa (art. 716 AP).

Se advierte que esta posibilidad quiebra el principio que sostiene la perpetuación de la jurisdicción y la conexidad prevista por el art. 7 CPCC Cba. y el art. 6 CPCCN, en cuya consecuencia debía solicitarse la modificación ante el juez que dispusiera originariamente.

Entendemos que la norma proyectada se adecua más a la provisoriedad y mutabilidad de las decisiones adoptadas en materia de alimentos, cuidado y comunicación, las que son esencialmente modificables y no producen cosa juzgada material; el mejor juez para ello es el que

puede verificar más fácilmente la situación fáctica que rodea al pedido ya que lo que se resuelva debe ajustarse a la cambiante realidad del beneficiario.

La competencia en materia de las acciones de divorcio o nulidad del matrimonio, las conexas y las que versen sobre los efectos de la sentencia se atribuye al juez del último domicilio conyugal o el del demandado, de manera similar a la forma en lo que establece el vigente art. 227 CCiv. El art. 717 añade la alternativa de que lo sea el de cualquiera de los domicilios de los cónyuges si la presentación es conjunta. Esta posibilidad se acerca a una situación frecuente pues los esposos, una vez interrumpida la convivencia, pueden haber trasladado su domicilio fuera del que fuera sede del último hogar conyugal, lugar al que la legislación actual obliga a trasladarse a fines del divorcio aunque ninguno de los interesados mantenga allí su residencia. Si se hubiera declarado el concurso o la quiebra de alguno de los esposos opera el fuero de atracción del tribunal que lleve adelante ese proceso a los fines de la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio (art. 717 in fine). Tratándose de cuestiones patrimoniales se unifica el criterio a nivel nacional y se evita que se pretenda disponer por quien tiene inhibiciones o restricciones para hacerlo lo que suele comprometer la validez o, al menos, la ejecución de los acuerdos.

Las uniones convivenciales dirimirán sus conflictos ante el juez del último domicilio convivencial o el del demandado a elección del actor (art. 718).

Ello es razonable pues no existe necesidad de una sentencia para dar por terminado el vínculo por lo que no se justifica una «presentación conjunta» si todas las cuestiones referidas a los adultos y a los bienes pueden convenirse sin necesidad de intervención judicial; si esta se torna necesaria es que no ha existido acuerdo previo.

Por último, el art. 719 se refiere a la reclamación de alimentos entre adultos, sean cónyuges o convivientes. El abanico de posibilidades a la hora de la competencia territorial del juez es amplio pero simple: último domicilio conyugal, el domicilio del beneficiario, el del demandado o donde deba ser cumplida la obligación a elección del actor.

Con relación al actual art. 228 CCiv, se suprime la referencia al juez que declaró el divorcio, lo que tenía los inconvenientes reseñados cuando los excónyuges cambiaron su residencia; también se elimina la alternativa del lugar de celebración del convenio si era residencia del demandado.

En cuanto a la competencia territorial en materia de acciones de filiación debemos remitirnos al art. 581. Esta norma expresa que cuando las acciones de filiación sean ejercidas por menores de edad o personas con capacidad restringida, es competente el juez del lugar donde el actor tiene su centro de vida o el del domicilio del demandado a elección del actor.

Cuando se trata de una acción intentada por un mayor de edad la competencia se fija por el domicilio del demandado (art. 720).

VI. CONCLUSIONES

Las relaciones jurídicas que se derivan de la familia no escapan a las transformaciones que esta ha presentado a lo largo de las última parte del siglo XX y en esta década del siglo XXI; el Código Civil debe dar respuesta a los problemas concretos en materia de conflicto familiar y para ello

desplaza la perspectiva hacia el ámbito del derecho procesal; se procura facilitar las respuestas pacificadoras al dar un abordaje distinto del que se otorga a los asuntos meramente patrimoniales. En esta materia el rasgo instrumental del derecho adjetivo se perfila como «derecho procesal de familia» cuya autonomía científica e incluso legislativa tiene gran predicamento en nuestros días. Se recogen los principios que le resultan propios debido a la imbricación que se da entre el derecho sustancial y el formal. Si bien los códigos de fondo en la materia familiar siempre han contenido en su texto normas adjetivas, este perfil se refuerza a partir de la necesidad de protección de los derechos individuales y familiares desde la óptica de los derechos humanos. Se persigue asegurar su ejercicio efectivo a partir de la impronta que marca el bloque constitucional (art.75, inc 22 CN).

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

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

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

(1) Así, por ejemplo, el Código Civil vigente se ocupa de aspectos procesales al tratar la «declaración de demencia» (art. 140 y ss. CCiv); el trámite de divorcio y su prueba (arts. 205 , 215 , 232 , 236 CCiv); la competencia territorial en materia de estas acciones y las de alimentos (arts. 227 y 228 CCiv). Respecto a esta últimas también se fijan pautas relativas al trámite y al efecto de los recursos (arts.374-376 CCiv).

(2) Conf. Palacio, Lino Enrique, Derecho procesal civil, T. I, Bs. As., Abeledo Perrot, segunda edición, quinta reimpression, 1994, p. 30. Así, por ejemplo, el Código Civil velezano se ocupa de aspectos procesales al tratar la «declaración de demencia» (art. 140 y ss. CCiv); el trámite de divorcio y su prueba (art. 205, 215, 232, 236 CCiv); la competencia territorial en materia de estas

acciones y las de alimentos (arts. 227 y 228 CCiv). Respecto a esta últimas también se fijan pautas relativas al trámite y al efecto de los recursos (arts. 374-376 CCiv).

(3) Ib., p. 42.

(4) Ib., p. 45.

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

(6) En el libro III, "De las relaciones de familia", el título X, "De las acciones de estado de familia y de los procesos sobre cuestiones de familia", se ocupaba de la imprescriptibilidad e irrenunciabilidad de estas acciones; de la inherencia personal; de los efectos de la sentencia en casos en los que se rechaza la acción de estado y en los que se la admite; de la reserva de las actuaciones y de la remisión del expediente.

(7) Ej. declaración de simple ausencia y de ausencia con presunción de fallecimiento, arts. 80-88 CCCU; declaración judicial de adoptabilidad, art. 609. También se remite expresamente a los trámites más breves previstos por la ley local (ej. en materia de cambio de nombre, art. 70 CCCU o de oposición a la celebración del matrimonio, art. 414; en los alimentos entre parientes materia que, además no admite acumulación ni efecto suspensivo en los recursos, arts. 543-545 y 547, de manera similar a lo previsto por los arts. 374-376 CCiv vigente; el cese, aumento o reducción de las cuotas refiere el procedimiento más breve, art. 554 CCCU; de igual modo lo hace cuando se trata de conflictos que se susciten en el ejercicio del derecho a la comunicación, art. 555. En otras ocasiones reenvía a lo establecido dentro de su texto (ej. para la partición de bienes indivisos luego del divorcio cuyo trámite será el de la partición de herencia, art. 508 CCCU).

(8) En tal sentido, el art. 3 de la Ley 26.061 explica que el interés superior del niño contempla la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos por la ley.

(9) Asimismo esta pauta rectora se replica en otras normas especiales, tales como las relativas a la gestación por sustitución (art. 562); adopción (art. 595); responsabilidad parental (art. 639).

(10) Conf. SCBA, Ado. 87.832, 28-7-2004.

(11) En tal dirección, la Ley 26.378 incorpora a nuestro sistema la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo. A su vez, la Ley 26.657 adecua la legislación nacional a los principios y tratados internacionales de derechos humanos de los cuales la República Argentina es parte (ej. la Convención Interamericana sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad [la Convención Interamericana sobre Discapacidad] y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad). Asimismo, el texto propuesto otorga el carácter parte en el juicio a las personas cuya capacidad puede ser restringida por razones de discapacidad mental (arts. 31, 35 y 36 CCCU).

(12) Las Reglas Básicas que la Cumbre Judicial Iberoamericana (año 2008) elaboró dentro del marco de los trabajos de su XIV edición son referidas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad y se desarrollan los principios recogidos en la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano (Cancún 2002),

específicamente los que se incluyen en la parte titulada “Una justicia que protege a los más débiles” (apartados 23 a 34).

(13) Puntos 5 y 6 de las Conclusiones de la Comisión N° 3 que tratara el Procedimiento de Familia.

(14) Este último aspecto se destaca también en procesos judiciales en los que se plantea declarar restricciones a la capacidad de la persona humana (arts. 31, 36-37 y 47) o cuando se solicita una dispensa judicial para contraer matrimonio por persona con trastornos que ameriten verificar si cuenta con discernimiento para otorgar el acto (arts. 403 inc. g y 405).

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

(16) Conf. Bertoldi de Fourcade, María V. y Ferreyra de De la Rúa, Angelina, Régimen procesal del fuero de Familia, Bs. As., Abeledo Perrot, 1999, p. 42.

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

(18) Se los encuentra a lo largo del abordaje de diversas instituciones. Por ejemplo, en el mandato de que el juez entreviste personalmente a quien está sometido a un proceso que puede concluir restringiendo su capacidad (art. 35); en materia de tutela, pues debe escuchar el menor, tener en cuenta su opinión y atender a su mejor interés (art. 112); al deber mantener una entrevista personal con los pretensos contrayentes que solicitan la dispensa judicial para contraer matrimonio (art. 404); en el divorcio para evaluar el convenio regulador de los efectos del divorcio, el juez debe citar a una audiencia a los cónyuges (art. 438 párr. 3º); también es necesario un contacto personal con los involucrados previamente a declarar la adoptabilidad (art. 609), lo que también debe hacerse en el juicio de guarda y adopción (arts. 613 y 617). Asimismo, si existe desacuerdo entre los progenitores respecto a los hijos, el juez debe convocar a una audiencia para resolverla (art. 642).

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

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

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

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

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

(24) La Ley 23.511, Banco de Datos Genéticos, de 1987, establece: «Art. 4 – Cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable, se practicará el examen genético que será valorado por el juez teniendo en cuenta, las experiencias y enseñanzas científicas en la materia. La negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente». El proyecto de código bajo análisis retoma el criterio de la ley arriba citada, ya que señala, en su art. 579 referido a las “Pruebas genéticas”, que: En las acciones de filiación se admiten toda clase de pruebas, incluidas las genéticas, que pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte. Ante la imposibilidad de efectuar la prueba genética a alguna de las partes, los estudios se pueden realizar con material genético de los parientes por naturaleza hasta el segundo grado; debe priorizarse a los más próximos. Si ninguna de estas alternativas es posible, el juez valora la negativa como indicio grave contrario a la posición del renuente. También se admite la prueba genética post mortem que autoriza la exhumación ante la negativa o imposibilidad de los dos progenitores del causante (art. 580).

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

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

(27) Así se admitía en los arts. 253 y 321 del Código Civil vigente.

(28) El art.1071 bis fue introducido al texto del Código Civil por la Ley 17.711, en el año 1968.

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

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

(31) MORELLO, Augusto M., "Hacia una visión solidarista de la carga de la prueba" ED, 132-953.

(32) Kielmanovich Jorge, Procesos de Familia, Abeledo Perrot, Bs. As. año 1998, p. 21, señala que el «hecho familiar» por sí mismo es difícil de probar pues sucede «entre cuatro paredes», muchas veces sin la presencia de testigos o, en su caso, frente a testigos comprendidos en las generales de la ley para con las partes.

(33) Anteproyecto de Leyes Procesales de Organización y Procedimiento de los Fueros de Familia CABA (Ciudad Autónoma de Buenos Aires), Comisión integrada por Angelina Ferreyra de De la Rúa, Jorge Kielmanovich y Nelly Minyerski, Bs.As., año 2001; Comisión para el Anteproyecto de Ley Procesal para el Fuero de Familia para el Orden Nacional, integrada íd., Bs. As., 2002.

(34) Así, por ejemplo, se la prevé con relación a la acción de nulidad del matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges en este mismo título VIII (art. 714) y también se lo señala en el art. 425 y cuando es formulado por quienes pudieron oponerse al matrimonio es de 3 meses desde su celebración en los demás supuestos es de un año; con relación a la acción para pedir judicialmente la fijación de compensación económica por desequilibrio y empeoramiento económico en caso de divorcio o unión convivencial, seis meses después de la sentencia o de finalizar la unión (arts. 442-443 y arts. 524-525); del derecho de los acreedores a oponerse al cambio de régimen patrimonial del matrimonio (1 año , art. 449); es de seis meses la caducidad de la acción para pedir la nulidad del acto de disposición de la vivienda familiar y de sus muebles, cuando no se ha contado con el asentimiento del otro en el matrimonio o unión convivencial inscripta (arts. 456 y 522 similar 1277 CCiv); de los alimentos reclamados por interpelación fehaciente si no se inicia acción dentro de los seis meses de aquella (arts. 548 y 669). El que haya contribuido puede reclamar al que no lo hizo por el período anterior.

(35) Se establece que la acción de reclamación filiación matrimonial o extramatrimonial corresponde a los herederos del hijo si el hijo fallece en la menor edad o siendo incapaz; si muere dentro del año de ser mayor o recuperar la capacidad o de descubrir las pruebas que funden la demanda corresponde a los herederos por el término que reste (art.582). En cuanto a la acción de impugnación de maternidad, o de impugnación de la filiación presumida por ley la de negación de la filiación y de impugnación de reconocimiento, no caduca respecto del hijo pero lo hace para los demás legitimados al año de la inscripción del nacimiento o de conocer el reconocimiento o desde que se tuvo conocimiento de la sustitución o la incertidumbre que el niño podría no ser hijo de quien la ley presume (arts. 588, 590, 591 y 593 AP). Si la hubiere iniciado antes de morir, corresponde a los herederos por el lapso que reste del año.

(36) A su vez el Decreto 415/06 , Reglamentario de la Ley 26.061, señala, en su art. 3: El concepto de «centro de vida» a que refiere el inciso f del artículo 3º se interpretará de manera armónica con la definición de «residencia habitual» de la niña, niño o adolescente contenida en los tratados internacionales ratificados por la República Argentina en materia de sustracción y restitución internacional de personas menores de edad.

(37) En la provincia de Córdoba es la Ley 9944 .

(*) Profesora titular de Derecho Privado I, Universidad Nacional de Córdoba.