

El proceso de familia en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial

Libro Segundo, Título VIII

Instituto de Derecho Procesal
de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la Universidad Nacional de La Plata

I- Introducción

La Comisión especial convocada por el Poder Ejecutivo nacional, por medio del Decreto 191/2011, para elaborar el Anteproyecto de Código Civil y Comercial, propone como fruto de su labor un conjunto de normas que modernizan el derecho interno. Como se mencionó en sus fundamentos, la normativa diseñada está orientada a integrar el bloque cultural latinoamericano, a constitucionalizar al derecho privado, a lograr una igualdad real que concrete la verdad ética de los vulnerables, a erigirse sobre un paradigma no discriminatorio de todos los integrantes de la comunidad, a receptar los derechos individuales y colectivos, a regular la existencia de nuevos bienes, a admitir legislativamente una sociedad multicultural que ostenta variadas modalidades de relación, sin escaparse de ella tampoco las relaciones comerciales.

Desde la perspectiva procesal, el Anteproyecto amplía las disposiciones adjetivas que posee el Código Civil vigente. Su texto incorpora al proceso de familia en forma específica como tal, en una perspectiva superadora de la versión actual, en la cual, las normas procesales previstas se encuentran distribuidas a lo largo de su normativa¹. A diferencia del Proyecto de Reforma del año 1998, en el que se regularon las acciones de estado de familia, en esta ocasión se adoptaron pautas generales a las que -de sancionarse- se deberán alinear los procesos provinciales a los fines de dirimir las contiendas de esta naturaleza.

Estas disposiciones se añadieron en el organigrama del Libro segundo, denominado "Relaciones de familia"². El mismo se divide en cuatro capítulos³ que fijan las guías básicas a las que el derecho positivo procesal provincial y las sentencias a emitirse deberán seguir con un resultado uniformador. Esta es la tendencia imperante también en el derecho comparado⁴.

Además de lo referido a los principios procesales, a las acciones de estado de familia y a las reglas de competencia, el proyecto estatuyó sobre las medidas provisionales. Estas son de carácter personal y patrimonial, a emitirse en el marco del juicio de divorcio y de nulidad de matrimonio, o incluso antes de iniciarse

¹ Art. 227 la competencia en las acciones de separación personal y divorcio vincular y nulidad; 228, alimentos; 316 sobre el otorgamiento de la guarda; 321 inc. a en la adopción.

² LIBRO SEGUNDO. RELACIONES DE FAMILIA. TÍTULO I. Matrimonio, II. Régimen patrimonial del matrimonio, TÍTULO III. Uniones convivenciales, TÍTULO IV. Parentesco, TÍTULO V. Filiación, TÍTULO VI. Adopción; TÍTULO VII. Responsabilidad parental. TÍTULO VIII. Procesos de familia.

³ Dentro del Título VIII, se prevé: Capítulo 1. Disposiciones generales; Capítulo 2. Acciones de estado de familia; Capítulo 3. Reglas de competencia; Capítulo 4. Medidas provisionales.

⁴ Por ejemplo, a través de la regulación de la FGG-Reformgesetz, FGG-RG del 17 de diciembre de 2007, en Alemania, se reestructuró el proceso en materias de familia pretendiendo lograr una reglamentación uniforme. Ver Peter Gottwald, "The new German Procedure in Family Matters", en la Revista de Processo, n° 198, agosto de 2011, San Pablo, Brasil, Editora Revista dos Tribunais, pág. 165.

estos, en razón de urgencia. Se extiende la posibilidad del dictado de medidas provisionales a los casos de uniones convivenciales, si ello correspondiere.

Las controversias familiares, es bien sabido, presentan particularidades *típicas*, que requieren penetrar, ahondar y atender a las verdaderas causas que las generan, no sólo las formales o superficiales. Son *conflictos típicos de "coexistencialidad"*⁵, 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 y en ésta, a su connotación constitucional.

El Instituto de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, en lo referido específicamente al Proceso de Familia, apoya a la iniciativa de la Comisión y al alcance de las modificaciones impulsadas, en cuanto a los aspectos analizados en este informe y postula agregar una norma referida a la atribución de las causas a los magistrados cuando el centro de vida de los menores de edad se modifica se modifica y a prever expresamente el principio de flexibilidad en el objeto de la pretensión durante la traba de la litis, con respeto al derecho de defensa de la contraria. Asimismo, comparte y hace propio la propuesta de la Asociación Argentina de Derecho Procesal atinente a la reincorporación de las previsiones sobre derechos de incidencia colectiva y tutela colectiva de los derechos que constaba en el Anteproyecto elevado por la Comisión

⁵ CAPPELLETTI M., *Appunti su conciliatore e conciliazione*, Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., 1981, pp. 57-58. NAKAMURA H., *Family Courts. The role of the judge in family conflicts*, en *Effektiver Rechtsschutz...*, ed. W. J. Habscheid, Gieseking-Verlag-Bielefeld, Würzburg, 1983, pp. 467 y ss. -Informe general al VII Congreso Internacional de Derecho Procesal-. Confr. : ZANNONI E. A., *Contienda y divorcio*, Rev. Der. de Familia, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, n° 1, p. 9; *id.*, *La autonomía privada en la solución de los conflictos familiares*, en *Derecho de familia*, libro de homenaje a la Dra. M. J. MÉNDEZ COSTA, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 185. KEMELMAJER DE CARLUCCI A., *Principios procesales y tribunales de familia*, JA, 1993-IV-676.

especial y que se suprimió por la revisión efectuada por el Poder Ejecutivo.

II- Conveniencia de la incorporación de estas normas en el Código Civil. Su constitucionalidad.

La última década del siglo anterior fue testigo de profundas reformas constitucionales que en el ámbito americano trajeron consigo, entre otras, las nuevas cartas de Brasil (Constitución Federal de 1988 y las sucesivas enmiendas, especialmente la Número 45/2004), Colombia (1991), Paraguay (1992), Argentina (1994), Venezuela (1999) y México (1994 y posteriores), entre otras.

Los tradicionales "bloques de constitucionalidad" se vieron notoriamente amplificados, con la consagración de nuevos derechos y garantías, propios de la tercera y cuarta "generación". Se ha operado igualmente el fenómeno de la constitucionalización de las garantías -amparo, habeas corpus, habeas data- y, más específicamente, de aquella que asegura el acceso irrestricto a la jurisdicción y la tutela judicial efectiva, una de las garantías más trascendentes, por constituir el derecho a hacer valer los propios derechos⁶. A sus textos se han sumado los derechos referidos a la familia y a la infancia, como espejo -aunque moderado- de las que constan en las convenciones y tratados internacionales⁷. En consecuencia, su previsión en el texto

⁶ Berizonce, Roberto "Bases para actualizar el Código Modelo Procesal Civil para Iberoamerica", "XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal", Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2010, vol. 2, pág. 1306. Alvaro de Oliveira, "El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales en el Derecho Procesal", XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Lima, Perú, 2008.

⁷ La protección y reconocimiento a la familia se encuentra, en el ámbito internacional, por ejemplo, en la "Convención Americana sobre Derechos Humanos", en sus artículos 17, 19, 11 inciso 2 y 32; En la "Convención sobre los derechos de los Niños", en su preámbulo y en sus arts. 2, 5, 8, 9, 10, 16, 20, 21, 22, 24 y 37; en la "Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o en las convicciones", cuyo art. 5.1 expresa: "Los padres o, en su caso, los tutores legales del

del Anteproyecto revela que no se trata de anexar simples normas adjetivas sino que refleja el reconocimiento del derecho procesal constitucional, lo que lo hace apropiado de estar en un cuerpo normativo de este tipo.

No podría argumentarse que esta regulación atañe a las legislaturas provinciales, en tanto su dictado correspondería a los poderes que han sido reservados⁸. Esta resultaría una postura superada por la trascendencia de los derechos y garantías en juego. Su reconocimiento en la Carta magna federal las descubre no sólo como simples disposiciones procesales sino como un adecuado camino para concretar el debido proceso legal con su alcance actual logrando la funcionalidad del sistema⁹. Su incorporación en este código las reconoce y destaca como un piso de marcha de aseguramiento de su vigencia en todo el país.

Así, el Proyecto de Código en análisis, desde esta perspectiva, ilustra la adaptación de la legislación

niño tendrán el derecho de organizar la vida dentro de la familia de conformidad con su religión o sus convicciones y habida cuenta de la educación moral en que crean que debe educarse al niño"; la "Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer", la "Convención sobre los derechos del niño"; en las "Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de RIAD)."; en la "Declaración sobre el progreso y el desarrollo social", la "Declaración de compromiso en la lucha contra el SIDA", el "Convenio Internacional sobre la Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares", la "Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará)" y en forma general en la "Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), en cuanto se refiere a los derechos y cuidados especiales a la maternidad e infancia; en la "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre", en cuanto a la constitución y protección de la Familia (Art. VI) y la protección a la maternidad e infancia (Art. VII).

⁸ Conf. art. 121, Constitución nacional.

⁹ Ver Eduardo Oteiza, "Disfuncionalidad del modelo de proceso civil en América Latina", en "De la Tutela interna a la tutela judicial interamericana. Estudios en memoria de Augusto Mario Morello", Coordinado por Roberto O. Berizonce y Juan Carlos Hitters, Librería Editora Platense, La Plata, 2010, en pág. 353.

infraconstitucional al cumplimiento de los recaudos constitucionales¹⁰.

En vista a que no todos los ordenamientos provinciales cuentan con un fuero especial y con normas propias para el debate de estos derechos¹¹, de cobrar vida esta iniciativa repercutirá en algunas de las organizaciones jurisdiccionales provinciales. La sanción del Anteproyecto llevará a los Poderes Legislativos de ciertas provincias a dictar normas que consagren expresamente estas disposiciones, fortaleciendo los derechos que en ella se plasman.

Se aprecia que la regulación no sobrepasa los límites necesarios, no se percibe como invasiva de las prerrogativas provinciales, en tanto regula un grupo de coincidencias básicas a compartirse en el país a los fines de cumplir con los recaudos constitucionales y con el control de convencionalidad. Justamente, en la fundamentación del proyecto, se mencionó la omisión de codificar sobre los recursos, en atención a la distinta conformación de los tribunales, privativa de las distintas formas de organización provincial.

También las disposiciones a adoptar revelan el acatamiento del Congreso a su atribución de regular y propiciar las acciones positivas, acorde incorporó la Constitución nacional del año 1994, en su artículo 75 inciso 23¹².

¹⁰ Grossman, Cecilia, "Los derechos de los Niños en las relaciones de familia en el final del siglo XX. La responsabilidad del Estado y de la sociedad civil en asegurar su efectividad", LL-1999-F, 1052.

¹¹ Así, v.gr. cuentan con fuero especial y normas propias, las provincias de Buenos Aires, Córdoba, Santa Fe, Mendoza, Santa Cruz, Santiago del Estero. En otras jurisdicciones, por ejemplo, en la justicia nacional tienen fuero especial, por la especialidad de las materias, si bien los conflictos se dirimen con aplicación del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

¹² En éste se lee que le corresponderá al Congreso "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad 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

En síntesis, la presente iniciativa no resulta una mera implementación de normas procesales sino un verdadero acatamiento de disposiciones constitucionales, con efecto potenciador de su recepción e implementación efectiva en todo el territorio de nuestro país.

III- La incorporación de los principios procesales.

Propuesta

En el Título VIII, su capítulo 1 se refiere a las disposiciones generales. Los proyectistas incluyeron expresamente a los principios que inspiran el proceso de familia en el artículo 706 del Anteproyecto, los que se puntualizaron en las disposiciones siguientes. Estos son los de tutela judicial efectiva, inmediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. Sin embargo, algunas de las restantes disposiciones descubren a otras directrices, cuya consagración posee una relevancia especial en esta suerte de procesos.

La jurisprudencia y doctrina son contestes en los beneficios y necesidad que la contienda judicial recepte estas pautas, por lo que su incorporación en el Anteproyecto lo asegura como un standard mínimo de reconocimiento de las garantías y derechos de la carta

derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad". Patricia Bermejo, "El desafío frente a las acciones positivas", en "De la Tutela interna a la tutela judicial interamericana. Estudios en memoria de Augusto Mario Morello", Coordinado por Roberto O. Berizonce y Juan Carlos Hitters, Librería Editora Platense, La Plata, 2010, pág. 51; Sofía SAGÜES, "Las acciones positivas en el derecho constitucional argentino a la luz de la reciente jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos de América", en *A una década de la reforma constitucional*, coordinado por Germán BIDART CAMPOS y Andrés GIL DOMÍNGUEZ, Ediar, p. 481. Roberto DROMI y Eduardo MENEM, *La Constitución reformada*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994, p. 261. Humberto QUIROGA LAVIÉ, Miguel BENEDETTI y María de las Nieves CENICACELAYA, *Derecho constitucional argentino*, Tomo I, Rubinzal-Culzoni, p. 388. Marcela RODRÍGUEZ, "Igualdad, democracia y acciones positivas", en *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Tomo II, Capítulo XXV, Abeledo-Perrot, p. 619, específicamente pp. 627 y 628.

magna federal en los distintos ámbitos provinciales. Las mismas traslucen también el espíritu que guía a las 100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad¹³.

A- Principios expresamente adoptados

Esas reglas procesales enunciadas en el primer párrafo del artículo 706 conforman la denominada *justicia de "acompañamiento o protección"*¹⁴. En los procesos donde se ventilan tales conflictos y, en general, cuestiones "de interés social" -como son los relativos a la familia y con especial énfasis en los menores de edad e incapaces en general-, se amplía la gama de los poderes del juez, atribuyéndosele el gobierno de las formas, a fin de adaptar razonable y funcionalmente, el orden de sus desarrollos a la finalidad prioritaria de materializar la protección.

La misión esencial del juez es la rápida y equitativa solución del conflicto, sea a través del auspicio de la propia composición por las partes, cuando arriban a un acuerdo total o parcial; o, en su defecto, pronunciando "de inmediato"¹⁵ la resolución tendiente a componer el desacuerdo aun provisionalmente.

¹³ Angelina Ferreya de de La Rúa, "El procedimiento de familia en el Proyecto", La Ley 21-6-2012.

¹⁴ MORELLO A. M., *La jurisdicción protectora. Hacia un nuevo rostro de la justicia*, J. A., 1986-II, p. 305; *id.*, *Un nuevo modelo de justicia*, La Ley, 1986-C, p. 800; *id.*, *Estudios de Derecho Procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas*, Platense, La Plata, 1998, v. II, pp. 1103 y ss., 1133 y ss.

¹⁵ El fenómeno de la tutela urgente, anticipatoria o interinal si bien es propio de todos los procesos, presenta singularidades destacables en los conflictos familiares. Confr. KEMELMAJER DE CARLUCCI A., *Algunos aspectos referidos a la eficacia del llamado "proceso familiar"*, en ARAZI R. (coord.), *Derecho Procesal en vísperas del siglo XXI. Temas actuales*, en memoria de los Profs. I. EISNER y A J. SALGADO, Ediar, Bs. As., 1997, p. 79. BERIZONCE R. O., *La tipicidad del proceso de familia y su reflejo en la tutela cautelar y anticipatoria*, Rev. Der. Proc., Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 1998, N° 1, pp. 145 y ss., especialmente, pp. 157-159. *Infra* II, 11.

El impulso de oficio¹⁶ reconoce alentar a los mayores poderes del juez en temas que son sensibles, con especial énfasis del Anteproyecto en la misma etapa probatoria.

La propuesta deviene en un nuevo modelo de justicia, en definitiva, en el que se privilegia la protección concreta del interés superior de la familia, a través de esquemas formales flexibles que favorecen la actuación de un juez comprometido con los resultados¹⁷, "activista" también en lo sustantivo, no tanto para la composición garantística tradicional sino más bien a los fines de una "administración equitativa" y teleológica, pacificadora de los singulares conflictos de que se trata.

B- Otros principios

En las mismas disposiciones de este Título VIII, al igual que en las restantes normas del proyecto, si bien no identificados en el primer párrafo del artículo 706, surgen otras directrices necesarias para la realización del proceso de familia, cuya prioridad ha sido reconocida por la jurisprudencia y doctrina nacional y extranjera.

1. Acceso a la justicia: Así, cuando el artículo 706 establece como pauta el facilitar el acceso a la justicia implícitamente, incorpora el principio de gratuidad y de desformalización, evitando que cortapisas de carácter formal limiten u obstaculicen el desarrollo del proceso.

2. Resolución pacífica de los conflictos: 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

¹⁶ Además de su reconocimiento en el artículo 705 del Proyecto, se especificó en su artículo 709.

¹⁷ MORELLO A. M., *Familia y jurisdicción. Hacia una tarea interdisciplinaria*, J. A., doct. 1990, v. IV, p. 879; *id.*, *Estudios...*, cit., v. II, pp. 1130-1132.

protagonistas, encierran situaciones y entuertos *humanos*, antes que jurídicos. Sus soluciones escapan casi siempre a lo estrictamente jurídico, al menos a lo que se entiende por "soluciones jurídicas" tradicionales¹⁸. Ello lleva a replantear que éstas sean estrictamente judiciales y contradictorias. Este horizonte es el que lleva a alentar la ida del proyecto de la solución pacífica de las controversias, lo que se remite a la aplicación de los medios alternativos de solución de conflictos como la conciliación y la mediación.

Las relaciones de familia y parentesco en general, anudan por definición y cualquiera fuere su origen, *vínculos de duración y permanencia*, cuyo resguardo se erige en valor colectivo. De ahí la conveniencia de arbitrar mecanismos específicos de solución de las disputas que aseguren la continuidad armoniosa de tales relaciones, al menos en cuanto sea imprescindible para evitar perjuicios innecesarios al derecho de los interesados formalmente mediatos o secundarios, o lesión al interés general.

Se trata de corporalizar las *soluciones más beneficiosas para el núcleo familiar*¹⁹. Deviene en un *fin social, transpersonal*, obtenido a través del *proceso judicial especial* -proceso de familia-. Mientras las partes persiguen un resultado favorable a sus opuestos derechos subjetivos, el Estado busca la realización del derecho objetivo pero también, y en grado igualmente prevalente, la consagración de un resultado *justo*²⁰, para satisfacer las

¹⁸ MORELLO A. M., *Familia y jurisdicción. Hacia una tarea interdisciplinaria*, J. A., 1990-IV, p. 879; *id.*, *Estudios de Derecho Procesal*, ob. cit., v. II, pp. 1103 y ss.

¹⁹ La directiva dada por la ley a los jueces en los casos en que se solicita su intervención con carácter supletorio de la voluntad de los progenitores, se orienta hacia la protección no del interés de uno solo de ellos sino de lo que "convenga al interés familiar" (C. S. N., *Fallos*, 311: 762).

²⁰ Sobre los fines del proceso en general, DÍAZ C. A., *Instituciones de Derecho Procesal*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1968, v. I, pp. 141 y ss. Para una visión comparatista de la misión que se reconoce a los

apetencias de la comunidad que aspira a que los conflictos familiares se resuelvan, y aun "disuelvan", del modo que resulte *más beneficioso para el núcleo familiar en su proyección futura*.

Ello refleja a la litis en el espejo del formalismo valorativo. Como refiere Alvaro de Oliveira, el formalismo abarca a toda la forma del proceso y especialmente a "...la delimitación de los poderes, facultades y deberes de los sujetos procesales, coordinación de su actividad, ordenación del procedimiento y organización del proceso, con miras a que sean alcanzadas sus finalidades primordiales. La forma en sentido amplio se encomienda, así, a la tarea de indicar las fronteras para el comienzo y el fin del proceso, circunscribir el material a ser formado, y establecer dentro de qué límites deben cooperar y actuar las personas obrantes en el proceso para su desarrollo"²¹.

3. Especialización de los jueces: La atención preferente de los conflictos familiares y la tutela del interés público comprometido, requieren necesariamente de la conformación de *órganos especializados* que integran un *fuero* singular, donde actúa personal idóneo y formado para ese tipo de problemática. El perfil del especialista o experto en conflictos familiares incluye una formación interdisciplinaria comprensiva de los conocimientos jurídicos (civil, penal, procesal, de menores, de los tratados, etc.) y de las ciencias sociales en general (psicología, sociología, psicopedagogía, etc.), sin

tribunales de familia en las distintas legislaciones, en correlato con las potestades de las partes involucradas: NAKAMURA H., ob. cit., pp. 467 y ss.

²¹ Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto, "Del formalismo en el proceso civil", pp. 30-31; también "El formalismo-valorativo frente al formalismo excesivo", trad. Renzo Cavani Brain. En: *Revista Jurídica del Perú*, N° 113, Lima: Normas Legales, julio 2010, p. 202. Ver <http://afojascero.wordpress.com/category/formalismo-valorativo>.

descartar los saberes técnicos atingentes. Capacitación que no se agota en lo teórico, sino que requiere un paralelo adiestramiento práctico como también de actualización permanente²².

4. Abordaje interdisciplinario: El Anteproyecto propugna la colaboración con el órgano de cuerpos profesionales, coordinados, que integrando el fuero y bajo directa dependencia del tribunal, se constituyan como una suerte de gabinete auxiliar.

El contar con un equipo interdisciplinario asesor ya sea para lograr la autocomposición de los litigios o como peritos, cuando se trata de proteger los derechos sensibles de las personas en situación de vulnerabilidad, es una herramienta efectiva. La misma ya es de aplicación, por ejemplo, en las provincias de Buenos Aires, Catamarca,

²² Este tema se vincula con el de las Escuelas Judiciales. DANA MONTAÑO S., *Las Escuelas Judiciales...*, JA, 1951-I-76. SAGÜES N. P., *Reforma judicial...*, Astrea, Buenos Aires, 1978, pp. 98 y ss. ; *id.*, *La Escuela Judicial en Argentina...*, JA, 1978-II-644; *id.*, *La Escuela Judicial en Chile...*, LL, 1979-C-867; *id.*, *Las Escuelas Judiciales en el derecho comparado*, Rev. Col. Abog. La Plata, 1982, n° 42, p. 209. BARRERA N. J., *La organización judicial y la formación de los jueces*, U. N. T., Tucumán, 1981, pp. 67-68, 113 y ss. BIELSA R. A. y GRAÑA E., *Justicia y Estado. A propósito del Consejo de la Magistratura*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pp. 676-683. MACKINSON G. L., *La Escuela de la Magistratura: modernización y eficiencia*, U. B. A., Buenos Aires, 1991. FUCITO F., *La capacitación de los jueces*, LL, 1995-A-745. Sobre el desarrollo embrionario de las escuelas de la magistratura en los antecedentes nacionales y provinciales y el resultado de encuestas de opinión al respecto: MORELLO A. M. y BERIZONCE R. O., *Formación de jueces y abogados. La especialización*, en XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, ed. U. N. L. P., La Plata, 1994, pp. 114-118. BERIZONCE R. O., *Derecho Procesal Civil Actual*, cit., pp. 691 y ss. ; también *El perfil de la Escuela Judicial*, en la obra colectiva "20° Aniversario del Centro de Estudios Judiciales...", Resistencia, 1998, p. 35. Para una visión comparativa: FIX ZAMUDIO H., *Selección y nombramientos de jueces*, en *Towards a Justice with a human face*, Antwerpen-Deventer, 1978, p. 409. CARPI F. y DI FEDERICO G., *The education and training of judges and lawyers*, en *Role of the organization of judges and lawyers in contemporary societies*. IX th. World Conference on Procedural Law, Coimbra-Lisbon (Portugal), 1991, ed. A. M. Pessoa Vaz, Coimbra, 1991, pp. 385 y ss. VÁZQUEZ SOTELO J. L., *Escuelas Judiciales*, en XIV Jornadas Iberoamericanas..., cit., p. 3; *id.*, *Sistemas jurídicos y formación de jueces y abogados*, PPU, Barcelona, 1995. HAEUSSLER M. J., *Experiencias comparadas de formación judicial*, ed. CPU, Santiago de Chile, 1993.

Córdoba, Mendoza, Santa Fe, Capital Federal, Chubut, los juzgados de familia tienen un cuerpo técnico integrado por asistentes sociales, psiquiatras y psicólogos²³.

La posición activa del juez puede encontrar opciones de solución -o para sustanciar las causas- más apropiadas, si además cuenta con el consejo de profesionales de otras disciplinas. Incluso, permitirá conocer el estado de vulnerabilidad en el cual se pueda encontrar un litigante, el que de no ser así quedaría subsumido en un mundo ajeno al del expediente y, por lo tanto, oculto durante el desarrollo de la causa y a la posibilidad de tomar medidas.

5. Interés superior del niño: Además de la consagración de esta pauta en el artículo 706 última parte, se especifica en el artículo siguiente. Conforme los cambios producidos en el derecho internacional de los derechos humanos, los niños, niñas y adolescentes adquirieron un status de sujetos de derecho y su intervención en los procesos no puede ser soslayada. En vista a la autonomía progresiva, su opinión se valorará de conformidad con la edad y el grado de madurez, lo que descubre el principio de autonomía progresiva (conf. artículos 3, 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículos 3, 24 y 27 de la ley 26.061). Es así que el proyecto habilita a la intervención del "abogado del niño", en determinados supuestos²⁴.

²³ Buenos Aires, ley 13.634; artículo 5 de la ley 5082 de Catamarca; Ley 6354 sobre "Régimen de Protección Integral de Niñez y Adolescencia" de Mendoza; Ley 4347 de Chubut.

²⁴ Esta mayor autonomía lleva a ampliar la legitimación para accionar incluso en cuestiones patrimoniales. Desde una perspectiva sistémica e integral, algunas modificaciones sustanciales en aspectos personales tienen incidencia en los de carácter patrimonial; de allí que el principio de autonomía progresiva también se extiende a este último ámbito. El Anteproyecto introduce varias modificaciones en el plano patrimonial de la responsabilidad parental, destacándose la posibilidad de que un hijo adolescente pueda iniciar acción civil a pesar de la oposición de sus progenitores; o pueden reclamar contra sus progenitores por sus propios intereses, sin previa autorización

Esta norma logra la necesaria articulación de nuestra legislación con las normas internacionales.

6. Celeridad: En el artículo 543, referido a los alimentos²⁵, o en el caso de desacuerdo de los progenitores con respecto a sus hijos, conforme dispone el artículo 642²⁶, establecen la rapidez en la tramitación del proceso. También ello refleja la tendencia propia de estos litigios, por lo que se avala su incorporación en el proyecto.

C- Propuesta:

Se podría añadir, como pauta general, el principio procesal de la *adecuación judicial* de las formas²⁷ y, como correlato, la *flexibilización de las postulaciones de las partes* en la etapa constitutiva del proceso²⁸.

judicial si cuentan con madurez suficiente; o celebrar contratos por parte de los progenitores en nombre de los hijos, pero dándoles a éstos la debida participación e información y la presunción de que los hijos mayores de 16 que ejercen oficio, profesión o industria están autorizados por sus progenitores para realizar válidamente actos relativos a esta labor.

²⁵ Artículo 543. "Proceso. La petición de alimentos tramita por el proceso más breve que establezca la ley local, y no se acumula a otra pretensión".

²⁶ Artículo 642.-Desacuerdo. En caso de desacuerdo entre los progenitores, cualquiera de ellos puede acudir al juez competente, quien debe resolver por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los progenitores con intervención del Ministerio Público. Si los desacuerdos son reiterados o concurre cualquier otra causa que entorpece gravemente el ejercicio de la responsabilidad parental, el juez puede atribuirlo total o parcialmente a uno de los progenitores, o distribuir entre ellos sus funciones, por un plazo que no puede exceder de DOS (2) años. El juez también puede ordenar medidas de intervención interdisciplinaria y someter las discrepancias a mediación.

²⁷ CALAMANDREI P., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, trad. SENTÍS MELENDO S., Bs. As., 1943, p. 246.

²⁸ Sobre la recepción de este principio en las recientes reformas del ordenamiento procesal italiano: COLESANTI V., *Il processo di cognizione nella riforma del 1990*, Riv. Dir. Proc., 1993, pp. 20 y ss. GRASSO E., *Interpretazione della preclusione e nuovo processo civile in primo grado*, Riv. Dir. Proc., 1993, pp. 639 y ss. En la tradición jurídica germánica, en los asuntos contenciosos de familia (v. gr. divorcio, acciones para la determinación de la paternidad), el tribunal puede oficiosamente incorporar hechos y pruebas diversas de las ofrecidas por las partes, de modo que la sentencia se sustente en la verdadera y real situación fáctica. Lo que se traduce en una atenuación significativa al principio dispositivo. Conf. : NAKAMURA H., ob. cit.,

En este sentido, se podría conferir a las partes la atribución de modificar la pretensión inicial "cuando resulte, manifiestamente, que la carencia de información o de asesoramiento han determinado omisiones en relación a derechos que asistan a la parte", asegurando el derecho de la contraria a los fines de respetar el debido proceso legal.

IV- Otras pautas procesales presentes en las disposiciones generales: La prueba

Reflejo de las posiciones doctrinarias más modernas, en los procesos de familia se incorpora la pauta de la carga dinámica de la prueba, la actividad oficiosa en especial en materia probatoria y la amplitud en la recepción de la evidencia. Esto último en tanto se habilita expresamente la posibilidad de ofrecer como testigos a parientes y allegados, facultándose al tribunal a no admitir la declaración de personas menores de edad. Se amplía por consiguiente la gama de testimonios a recibirse en esta suerte de contiendas. La ventaja de tal disposición se aprecia en tanto la consideración de tales declaraciones ya no dependerá del criterio del juez en el caso sino que avalará tal opción una norma del derecho sustantivo.

V- Reglas de competencia. Propuesta

Dentro del proceso de familia se reconoce expresamente en el capítulo 3, de ese Título VIII, lo referido a las reglas de competencia, las cuales se vinculan en forma directa al acceso a la justicia. En el Anteproyecto, éstas se centralizan principalmente en este capítulo²⁹. Así, se

pp. 467 y ss; LEIBLE S., *Proceso Civil Alemán*, Bibliot. Jur. Dike, Medellín, 1999, pp. 476 y ss.

²⁹ También se plasman en otras disposiciones V. gr. en los artículos 81 y 87 lo referido a la declaración de ausencia; 2619 sobre la ausencia con presunción de fallecimiento; 2631 sobre filiación; 2635 adopción; 2616, sobre capacidad; 2618 referido al nombre.

especifica la competencia territorial relativa a diferentes procesos de familia, v. gr., en los que se deciden de modo principal derechos de niños, niñas y adolescentes (guarda, custodia, régimen de comunicación y alimentos)³⁰; la de aplicación en los conflictos que se originen de las uniones convivenciales; los alimentos entre cónyuges y las acciones de filiación cuando involucra a personas mayores de edad. Otro paso de avance resulta la determinación del juez competente en la liquidación de la sociedad conyugal en el supuesto en el cual uno de los dos ha sido declarado en concurso o quiebra.

Es una de sus innovaciones la recepción del denominado concepto de centro de vida atinente al acceso a la justicia con relación a los niños, niñas y adolescentes. Esta es una terminología ya empleada por la ley 26.061 -en su artículo 3- y consagrada en la jurisprudencia, para fijar la competencia del juez³¹. El artículo 716 del Anteproyecto la incorpora desplazando al concepto tradicional de domicilio, en pos de lograr una proximidad real entre el juez y el niño, niña o adolescente. Esta es la misma línea que se persigue con la Ley de Derechos del Consumidor³². Estas

³⁰ Previsto en el art. 716 del Proyecto. Se coordina con lo regulado en el art. 112 que expresa: ARTÍCULO 112. Discernimiento judicial. Competencia. La tutela es siempre discernida judicialmente. Para el discernimiento de la tutela es competente el juez del lugar donde el niño, niña o adolescente tiene su centro de vida". ARTÍCULO 581. Competencia. Cuando las acciones de filiación sean ejercidas por personas menores de edad o 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. ARTÍCULO 615. Competencia. Es juez competente el que otorgó la guarda con fines de adopción o el del lugar donde el niño, niña o adolescente tiene su centro de vida, a elección de los pretendidos adoptantes.

³¹ La Corte de la Nación ya había utilizado este concepto en la causa "RECURSO DE HECHO. W., E. M. c/ O., M. G.", sent. del 14-VI-1995, considerando 13. Luego se refirió a este en pronunciamientos posteriores en atención a la referencia a la ley 26.061.

³² En este mismo sentido, el artículo 36 de la ley 24.240 -sustituido por art. 15 de la ley 26.361, B.O. 7/4/2008- establece en su parte final que "Será competente, para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por el presente artículo, siendo nulo cualquier pacto en contrario, el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor". Sobre la extensión de la

normas concretan la finalidad tuitiva de la mejor protección de las tutelas diferenciadas a los fines de disipar que la lejanía del lugar de radicación del órgano atente contra la protección jurisdiccional de los derechos³³.

Propuesta:

Sin embargo, aprovechando la posibilidad de la regulación nacional, se podría prever la posibilidad de legislar sobre la contingencia -frecuente- del cambio del lugar de radicación de la causa, que es lo que en la práctica apareja inconvenientes que ha tenido que dirimir la Corte de la Nación. El principio constitucional del juez natural, entendido como aquél que prevé anticipadamente quién será el magistrado que juzgará la contienda, no se vulnerarían en la medida que pautas predeterminadas y claras lo estipulen. Por consiguiente, se podría añadir - luego del artículo 716- una norma que regule: *"En los supuestos que se modifique el centro de vida, la causa, aún con sentencia, podrá remitirse al juez competente por la materia de la jurisdicción territorial pertinente."*

VI- Conclusión

La oportunidad que ofrece la redacción de esta Proyecto permitiría actualizar significativamente las normas de derecho privado que regulan las relaciones jurídicas en nuestro país. Su redacción implica la incorporación en normas infraconstitucionales de los

interpretación de esta norma, en tanto impide la prórroga de jurisdicción en perjuicio del usuario e impone que las controversias respectivas tramiten ante los tribunales más próximos a éste y su aplicación al juicio ejecutivo, ver SCBA, C 109305 I 1-9-2010, Cuevas, Eduardo Alberto c/ Salcedo, Alejandro René s/ Cobro ejecutivo, C. 109306, 116507 I 7-3-2012, Carlos Giúdice S.A. c/ Delgadillo Heredia, Agapito s/ Cobro ejecutivo".

³³ Esta norma se completa con el artículo 2614 del proyecto referido al domicilio de las personas menores de edad.

derechos y garantías insertas en la misma Constitución y en Convenciones y tratados internacionales.

Esta propuesta concreta uno de los nuevos grandes objetivos comunes a los países de la región, el de afianzar a la justicia civil como manifestación de una de las *funciones públicas* esenciales del Estado democrático de derecho, o Estado "de justicia", con sus correlatos del aseguramiento de las *garantías fundamentales del proceso* y su concreta efectividad, en consonancia con su "constitucionalización" y consagración en los pactos y convenciones internacionales. Otra pauta compartida que este Anteproyecto alienta es la recreación de las *nuevas misiones de los jueces*, como activistas gestores, ejecutores y garantes de la efectividad de las garantías fundamentales y, como consecuencia, el papel de la jurisprudencia como fuente del derecho. Ello se deriva de una inédita tendencia hacia la construcción de un "constitucionalismo global"³⁴ para la tutela de los derechos fundamentales³⁵.

Por lo expuesto, el Instituto apoya el Proyecto en el aspecto referido al Proceso de Familia y postula la incorporación de dos disposiciones. Una de ellas referidas al posible cambio del centro de vida de los niños, niñas y adolescentes y la otra a la flexibilización del objeto de la pretensión en el proceso de familia. Asimismo, hace propio y comparte plenamente el informe de la Asociación Argentina de Derecho Procesal relativo sobre la necesidad de reincorporar las previsiones sobre derechos de incidencia colectiva y la tutela colectiva de derechos en

³⁴ Gilles, Peter, *El proceso civil en transformación*, RePro, São Paulo, n° 173, 2009, pág. 330 y ss. Berizonce, Roberto, "El proceso civil en transformación", Librería Editora Platense, La Plata, 2008, pág. 24. Ver del mismo autor, "Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas", en Revista de Derecho Procesal, año 2008-II, Editorial Rubinzal Culzoni, página 39.

³⁵ Berizonce, Roberto y Ferrand, Frédérique, "Model Laws and National Traditions", Relato General del XIV Congreso Mundial de Derecho Procesal, Heidelberg, julio de 2011.

el Anteproyecto en análisis que la revisión del Poder Ejecutivo excluyó.

Roberto O. Berizonce
Director