

# El “Proceso de Familia” en el código unificado<sup>(1)</sup>

por GRACIELA MEDINA<sup>(2)</sup>

## I | Introducción y denominación<sup>(3)</sup>

El sistema jurídico receptado en la Constitución Nacional establece que los Códigos de fondos son regulados en forma exclusiva por el gobierno federal, mientras que las leyes de procedimiento son establecidas por cada provincia en particular.

El Código Civil y Comercial se aparta de esta norma relativa a la división de poderes entre la Nación y las provincias y regula en su articulado tanto el proceso de familia como el proceso sucesorio que hasta el

.....

(1) Doctrina actualizada sobre el “Proceso de Familia” en el CCyC: KIELMANOVICH, JORGE L., “El proceso de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, *RDF* 66-313, AP/DOC/1078/2014, “La prueba testimonial en el proceso de familia en el Proyecto de Código Único”, en *La Ley*, 2013-A, 919, 14/02/2013, y “El proceso de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en *La Ley* 2012-D, 1390, 31/07/2012, 1; GUAHNON, SILVIA V. y SELTZER, MARTÍN, “Los parientes como testigos en los procesos de familia y el Proyecto de Código”, en *La Ley* 2014-B, 832, 10/04/2014 y “La prueba de testigos en los procesos de familia. El artículo 711 del Proyecto de Código Civil y Comercial 2012”, *DFyP* 2012 (octubre) 7; AR/DOC/4833/2012; MIZRAHI, MAURICIO L., “El proceso de familia que involucra a niños”, en *La Ley* 2012-F, 1101, 27/11/2012, 1, 23/11/2012, 1.

(2) Juez de la Cámara Civil y Comercial Federal. Vicepresidente de la Asociación Argentina de Derecho Comparado. Miembro de la Comisión creadora y asesora de la Oficina de Violencia Doméstica dependiente de la CSJN. Catedrática de Derecho Civil, UBA. Profesora Honoraria de la Facultad de Derecho, UAI, y de la Facultad de Derecho de Corrientes. Codirectora de la revista *Persona Familia y Sucesiones*, *La Ley*.

(3) MEDINA, GRACIELA, “El Proceso de Familia”, en J. C. Rivera (dir.) *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2012, p. 437.

momento ha sido competencia exclusiva de los Estados provinciales de conformidad con lo establecido por los arts. 121; 5; 75 inc. 12; 116 y 117 de la CN).

Puede pensarse que este avance de la legislación nacional por sobre las normas procedimentales provinciales es contrario a la división de poderes entre la provincia y la Nación, establecida en la Constitución Nacional y que las provincias preservan celosamente y por lo tanto que ellas son inconstitucionales.

No creemos que las normas relativas a los procesos de familia sean inconstitucionales. Lo que ocurre es que el sistema del CCyC, impresiona porque se presenta ordenado en un Título, llamado "Procesos de familia", que convoca a pensar en competencia provincial, pero desde siempre han existido normas procesales en el CC, como las de "declaración de demencia" (arts. 140 y ss., CC); las referentes al trámite y prueba y competencia a seguir en los procesos de separación y de divorcio vincular (arts. 205, 215, 232 y 236, CC); las que regulan la competencia, trámite y efectos de los recursos en los juicios de alimento (arts. 227, 228, 374, 375, y 376, CC), así como las del juicio de adopción o las que determina la competencia sucesoria y tales normas procesales nunca se declararon inconstitucionales.

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

El sistema propugnado por el CCyC sigue la antigua doctrina jurisprudencial de la CSJN, que establece que las normas procesales dictadas por la legislatura nacional son constitucionales, en tanto resulten esenciales para la vigencia de la institución de fondo, y es similar al seguido

por la ley 26.485, en tanto solo establece principios uniformes mínimos que aparecen como imprescindibles para hacer efectivos los derechos de fondo establecidos en el Código, pero se abstiene de regular los procedimientos en sí.

Los procesos de familia a los que estamos haciendo referencia han sido regulados en el Título VIII, "Procesos de familia", del Libro II, "Relaciones de familia", del CCyC, en cuatro Capítulos comprendidos entre los arts. 705 al 723. El Capítulo 1 se refiere a los "Disposiciones generales"; el Capítulo 2 trata de las "Acciones de estado de familia"; el Capítulo 3 se refiere a las "Reglas de competencia"; finalmente, el Capítulo 4 se ocupa de "Las medidas provisionales".<sup>(4)</sup>

La cuestión más preocupante es que no se define qué es un procedimiento familiar, por ende no queda claro cuál es el ámbito de aplicación del sistema procesal establecido en el Título VIII antes mencionado. Cabe preguntarse si la norma incluye a los procesos seguidos por los hijos o por los cónyuges entre sí, por transmisión de enfermedades o por daños por violencia doméstica, o si están comprendidos los amparos de salud para lograr la cobertura de un tratamiento de discapacidad.

O si abarca las autorizaciones para realizar una operación de reasignación de sexo cuando se trata de menores (ley 26.743). O si se aplican a los procesos de salud mental. En definitiva, no se sabe en qué medida la participación de los miembros de la familia en el litigio o el impacto que la resolución del conflicto tiene en todos los miembros de la familia permite considerar que se está frente un "proceso en materia de familia".

Lo cierto es que los conflictos familiares no pueden ser solucionados de acuerdo a reglas clásicas cuya estructura tradicional solo permite asignar culpas y castigos, tornándose ineficaz para solucionar conflictos familiares. De allí que es necesario para el derecho de familia tener una adecuada herramienta procesal para hacerlo efectivo, y ello es lo que busca el sistema proyectado.

---

(4) FERREYRA DE DE LA RÚA, ANGELINA, "El procedimiento de familia en el Proyecto", LL del 21/7/2012; Jorge L., Kielmanovich, "El proceso de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", LL del 31/7/2012, p. 1; Sandra F., Veloso, "El proceso de divorcio según el Proyecto de Código Civil y Comercial", DFyP del 1/7/2012, p. 45.

## 2 | Principios generales<sup>(5)</sup>

Cabe señalar que los principios generales procesales, por su alto grado de abstracción, no pueden suministrar el procedimiento exacto a seguir, pero sirven para orientar la actividad creadora del poder judicial en toda la tramitación de los conflictos familiares y también para uniformar las respuestas procesales en todo nuestro vasto territorio. Los principios generales se encuentran establecidos en los arts. 705 a 710, y recogen las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia en condiciones de vulnerabilidad.<sup>(6)</sup>

Estos principios generales son:

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

### 2.1. Principio de tutela judicial efectiva<sup>(7)</sup>

El derecho fundamental de toda persona de acceder a tribunales independientes en procura de justicia está proclamado en el art. 10 de la De-

(5) PANIGADI, MARIELA, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Directores Julio Cesar Rivera y Graciela Medina, t. II, Libro II, Título VIII, Capítulo I, Mariela Panigadi. Primera edición, La Ley, Bs. As., 2014, p. 629 y ss.

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

(7) COUTURE, EDUARDO, "El debido proceso como tutela de los derechos humanos", en *Revista de Derecho. Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, n° 8/10, agosto/octubre, 1952; ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Carlos Bernal

claración Universal de Derechos Humanos de 1948, y en el art. XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Pero donde aparece especialmente desarrollado es en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El art. 8°.1 CADH establece más claramente su contenido, señalando que implica el derecho: a) a ser oído con las debidas garantías; b) a que el proceso se desarrolle dentro de un plazo razonable; y c) a ser juzgado por un juez o tribunal competente; independiente; e imparcial, establecido con anterioridad por la ley. A su vez, en el art. 25.1 CADH dispone: "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales". En los incisos siguientes, los Estados partes se comprometen a garantizar: a) que la decisión del recurso antes indicado, estará a cargo de la autoridad competente; b) que cumplirán la resolución judicial del recurso; y c) que desarrollarán las posibilidades del recurso judicial.

Asimismo en el Preámbulo de la Constitución Nacional se proclama entre los fines del gobierno, el de "afianzar la justicia", y concorde con ello, el art. 18 CN garantiza la inviolabilidad de la defensa en juicio de las personas y de los derechos.

Al ciudadano del siglo XXI no le basta que el Estado adhiera a convenciones internacionales sobre derechos humanos, ni que los legisladores las plasmen en normas positivas, sino que requiere indefectiblemente que estas sean efectivas. Así, de poco o nada sirve la adhesión a la Convención de Derechos del Niño, si no se provee un proceso efectivo para que este sea adoptado y ejerza su derecho a vivir en una familia en lugar de vivir institucionalizado la mitad de su infancia.

### 2.1.2. Contenido

El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva es muy amplio, ya que despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, al acceder a la justicia; segundo, durante el desarrollo del proceso; y finalmente,

.....

Pulido (trad.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 299; ARAZI, ROLAND, "Flexibilización de los principios procesales", *RDP*, n° extraordinario, *El derecho procesal en vísperas del Bicentenario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 111.

al tiempo de ejecutarse la sentencia. Además la tutela judicial efectiva comprende los siguientes derechos: a) a ocurrir ante los tribunales de justicia y a obtener de ellos una sentencia útil, b) a acceder a una instancia judicial ordinaria y a lograr un control judicial suficiente sobre lo actuado en sede administrativa; c) a un juez natural e imparcial; d) a la eliminación de las trabas que impidan u obstaculizan el acceso a la jurisdicción (el acceso a la justicia es receptado además en forma expresa, por lo que se tratará más abajo); e) a la interpretación de las normas reguladoras de los requisitos de acceso a la jurisdicción en forma favorable a la admisión de la pretensión evitándose incurrir en hermenéuticas ritualistas (*in dubio pro actione*); f) a que no se desestimen aquellas pretensiones que padecen de defectos que pueden ser subsanados; g) a la no aplicación en forma retroactiva de nuevas pautas jurisprudenciales con relación a los requisitos de admisibilidad, a fin de evitar situaciones de desamparo judicial; h) a peticionar y obtener tutela cautelar para que no se torne ilusorio el derecho que se defiende; i) al cumplimiento de todas las etapas del procedimiento legalmente previsto, el cual deberá asegurar la posibilidad del justiciable a ser oído, y a ofrecer y producir la prueba pertinente antes de dictarse la sentencia; j) a una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas; k) a impugnar la sentencia definitiva; l) a tener la posibilidad de ejecutar en tiempo y forma la sentencia y, por ende, a su cumplimiento por parte de la autoridad condenada; y m) al desarrollo del proceso en una dimensión temporal razonable.<sup>(8)</sup>

### 2.1.3. La tutela judicial efectiva en el CCyC

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

Un ejemplo de ello es el art. 421 CCyC, que admite que el matrimonio en artículo de muerte pueda celebrarse ante cualquier juez o funcionario judicial, lo que permite hacer efectiva la libertad de casarse. Otro ejemplo de la búsqueda de obtener tutela efectiva en el derecho de familia lo encontramos en la facultad que se le otorga al juez para solicitar al obligado en el convenio regulador del divorcio que otorgue garantías reales o perso-

.....

(8) RIBERA JULIO CESAR y MEDINA GRACIELA (dirs.), *Código Civil...*, op. cit., p. 634.

nales como requisito para la aprobación del convenio (art. 440 CCyC). Otra demostración del interés del legislador por lograr una tutela efectiva se pone de manifiesto en las facultades otorgadas al tribunal para determinar la forma como se hará efectiva la compensación económica y su monto a fin de que esta no se torne en ilusoria (arts. 441 y 442 CCyC).

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

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

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

Otra manera de obtener una justicia efectiva viene dada por el art. 557 CCyC, que da derechos al juez a imponer al responsable del incumplimiento reiterado del régimen de comunicación medidas razonables para asegurar su eficiencia. Entre ellas se encuentran las sanciones conminatorias y las astreintes. Por otra parte en algunas provincias se podrá recurrir a los registros de personas que obstaculizan los lazos familiares, como en la provincia de Santa Cruz, Río Negro<sup>(9)</sup> o Mendoza.<sup>(10)</sup>

.....

(9) La ley 4456, en Río Negro, crea el registro provincial de obstructores de los hijos con padre o madre.

(10) La ley 7644, en Mendoza, crea un registro dependiente del Ministerio de Justicia y Seguridad para registrar a quienes impidan la comunicación con los hijos, con los convivientes o con los abuelos.

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

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

## 2.2. Principio de inmediación<sup>(11)</sup>

La intermediación es esencial en el proceso de familia. Por los intereses en juego, el magistrado no puede esperar a que quede firme el llamado de autos para resolver o para involucrarse en el proceso. Por el contrario, tiene que tener un contacto directo y personal con las partes, con los peritos, con los representantes de las personas con capacidad reducida, con los apoyos y con el ministerio público.

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

En definitiva, de lo que se trata es de involucrarse en el proceso, buscar la resolución amigable del conflicto y, de no ser posible, concentrar la recepción de la prueba oral en una o en pocas audiencias, lograr que sea el juez quien las reciba y obtener que entre ese acto decisivo para la suerte del litigio y la sentencia transcurra el menor tiempo posible. Es que como señalaba el gran maestro Podetti, "es muy distinto escudriñar en las declaraciones escritas la existencia de un hecho controvertido, que interrogando y escuchando personalmente a los testigos".<sup>(12)</sup>

(11) BERTOLDI DE FOURCADE, MARÍA V. y FERREYRA DE DE LA RÚA, ANGELINA, *Régimen procesal del fuero de familia*, Bs. As., Depalma, 1999, p. 21.

(12) PODETTI, RAMIRO, *Tratado de la competencia*, Bs. As., Ediar, 1954, p. 78.

### 2.2.1. El principio de Inmediación en el CCyC

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

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

## 2.3. Buena fe y lealtad procesal

La buena fe y lealtad procesal constituyen el principio de moralidad procesal que es necesario preservar en todo proceso, e imprescindible hacerlo en el ámbito de un proceso de familia, en el que no se puede ganar posiciones valiéndose de "agachadas", argucias o engaños.

La mayoría de los Códigos procesales civiles y comerciales de las provincias establecen la facultad de los jueces de sancionar todo acto contrario al deber de buena fe y lealtad (art. 34, inc. 5, CPCCN).

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

en que cada profesional defiende con todas las herramientas sustanciales y procesales los intereses de su parte, y lo contrario puede considerarse mala praxis, este ha de ser leal. Para una corriente procesal, los principios de buena fe y lealtad solo implica un deber negativo: la prohibición de actuar de mala fe. La actuación de mala fe se configura con la conducta temeraria y maliciosa. Para la otra corriente la buena fe procesal implica la imposición a los litigantes de deberes positivos de actuación: los deberes de veracidad, completitud y colaboración.

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

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

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

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

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

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

Se reitera el principio al tratar la extinción de la comunidad, la cual tiene efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges. Pero el art. 480 CCyC permite al juez puede modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho.

## 2.4. Principio de oficiosidad

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

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

### 2.4.1. El impulso de oficio

Se consagra el impulso procesal de oficio. Por ende, el juez debe realizar todas las medidas necesarias para que el expediente avance hacia la sentencia, incluyendo confeccionar cédulas y oficios, proveer la prueba y fijar de oficio las audiencias, entre otras. Se deroga implícitamente el instituto de la caducidad de instancia. La solución de los conflictos de familia interesa no solo a las partes sino a la sociedad toda. Por eso se carga sobre el servicio de justicia el otorgar una solución jurisdiccional. Dado que es responsabilidad del tribunal el avance del expediente, no puede la inacción de la parte generar la caducidad del proceso.

### 2.4.2. Excepción al impulso de oficio

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

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

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

### 2.4.4. Las facultades en materia de prueba

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

### 2.4.5. El principio de oficiosidad en el CCyC

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

## 2.5. Principio de oralidad

El principio de oralidad propuesto no quiere decir que a partir de la vigencia del Código Civil y Comercial todos los procesos familiares deban ser orales, porque esto conspiraría con la división de facultades entre Nación y las provincias, ya que las provincias no podrían soportar el costo de tribunales orales, que son costosos porque para ser eficaces tienen que existir en un número muy superior a los que se requiere en un sistema escrito o mixto. Por otra parte, cabe advertir que si se obliga a establecer un pro-

cedimiento oral con cantidad de tribunales insuficientes, se produce un efecto contrario al querido en orden a la efectividad de la justicia, ya que los juicios se dilatan hasta constituir una verdadera denegatoria de justicia.

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

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

### 2.5.1. El principio de oralidad en el CCyC

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

## 2.6. Acceso limitado al expediente

En el sistema del derecho procesal civil rige el principio de la publicidad, que establece que todos los actos del proceso, en cuanto no afecten la moralidad, el orden público y el interés de los litigantes, pueden ser conocidos. En materia de procesos de familia, el Código propugna un sistema opuesto al sistema de publicidad, inclinándose por el "sistema de reserva", que se compatibiliza mejor con la característica privada y personalísima de los intereses en juego. De allí que se establezca un acceso limitado al expediente que debe entenderse extendido a la privacidad de las audiencias y a la consulta del protocolo para preservar efectivamente el

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

## 2.7. Acceso a la justicia

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

Por lo tanto implícitamente, se incorpora el principio de gratuidad del procedimiento y costas y de desformalización, evitando que cortapisas de carácter formal limiten u obstaculicen el desarrollo del proceso. Para efectivizar la gratuidad, en los procesos de familia debe regularse el beneficio de litigar sin gastos —como en materia laboral—, y estar exentos de abonar la tasa de justicia —como regla pudiendo exceptuarse cuando la pretensión tenga contenido patrimonial—.

En materia de costas, asimismo, debe regularse en forma diferenciada al proceso civil clásico. En el proceso de familia la doctrina y jurisprudencia han propugnado una tendencia a prescindir del principio de la derrota. Se considera que la intervención del juez es una carga común por ser necesaria para componer las diferencias entre las partes o, en otros casos, para resguardar los intereses del denunciado o demandado (por ejemplo interdicción, inhabilitación). Por ello, el principio en estudio implica que la regla debería ser costas por su orden y la excepción costas a cargo del per-

didoso cuando es su conducta la que ha hecho necesaria la intervención judicial de otra manera obvia. Este último sería el caso de los alimentos en que las costas estarían a cargo del alimentante si fue demandado, salvo conciliación o allanamiento, en que serían en el orden causado.

En este sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado: "Las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto que por el principio "pro actione", hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción".<sup>(13)</sup>

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

### 2.8.1. Derecho a ser oído

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

El derecho a ser oído está previsto, para los niños, en el art. 12 CDN que señala:

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

.....

(13) CIDH, Informe 105/99, Caso 10.194, "Narciso Palacios, Argentina", 29/09/199, [en línea] <http://www.cidh.org/annualrep/99span/De%20Fondo/Argentina10.194.htm>.

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

## **2.8.2. Ámbito de aplicación**

### **2.8.2.1. Sujetos del derecho**

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

En consonancia con este nuevo sistema el derecho a ser oído no se establece solo para los niños, niñas y adolescentes menores de edad —personas de hasta 18 años de edad—, sino también para las personas con capacidad restringida; que se consideran por su vulnerabilidad sujetos de acciones positivas y medidas de protección reforzada. Son personas con capacidad para ser parte pero sin capacidad procesal, que actúan en el proceso mediante el representante legal (madre, padre, tutor o curador) y por tanto el juez, aun cumpliendo con el principio de intermediación, no toma contacto con la parte, a menos que se instrumente el derecho a ser oído.

### **2.8.2.2. Edad y grado de madurez suficiente para formarse un juicio propio**

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

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

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

El Código acuerda intervención al representado en todos los procesos que lo afecten directamente. Todos los procesos en materia de familia afectan a

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

#### **2.8.4. Instrumentos procesales para asegurar el derecho: "entrevista personal"**

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

##### **2.8.4.1. Entrevista personal con el juez y defensor o asesor**

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

##### **2.8.4.2. Entrevista con el equipo interdisciplinario**

En algunos casos es aconsejable permitirle manifestarla mediante recurrir a especialistas médicos y psicosociales. Por ejemplo los casos de niños que han padecido sucesos traumáticos y personas con discapacidades mentales. Tal conocimiento experto puede ayudar a determinar si la capacidad del niño para aportar información se encuentra afectada, por ejemplo, por traumas. Bajo ninguna circunstancia, las investigaciones deben violar la integridad física o mental del niño o incapaz. En el caso de personas con incapacidades físicas que impiden la comunicación directa con el juez debe utilizarse el apoyo de auxiliares que permitan la traducción al juez del pensamiento, pero no es una excepción al contacto personal con el magistrado.

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

Desde el comienzo, el proceso de decisión debe ser explicado y discutido con el niño y con los adultos pertinentes, tales como los padres o los pa-

dres de acogida. Debe, por tanto, mantenerseles informados a lo largo de todo el proceso, y deben recordarse los siguientes aspectos:

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

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

- Para facilitar que el niño exprese elocuentemente sus puntos de vista deben serle explicadas todas las opciones de manera adecuada a su edad.
- A muchos niños les resulta más fácil hablar en presencia de un amigo o de un tutor. No obstante, es preciso ser cauto al respecto, dado que los cuidadores habituales, los padres de acogida, y otras personas pueden tener un interés personal en el proceso y pueden impedir que el niño exprese libremente sus puntos de vista. Los adultos sospechosos de maltrato jamás deben hallarse presentes.
- Las entrevistas al niño deben celebrarse en una atmósfera amigable para el niño y de confidencialidad. Si es posible, el lugar de reunión debe ser el elegido por el niño. Debe hacerse hincapié en que éste se sienta cómodo y en crear una relación de confianza. El ambiente y el tono de la entrevista debe ser el más informal posible.
- A los niños siempre se les permitirá decir "no" o rehusarse a contestar a las preguntas. Se les debe permitir cambiar de opinión y equivocarse.
- Los niños pueden no conectar emocionalmente con lo que cuentan del mismo modo que los adultos. Puede que no manifiesten ninguna reacción emocional o hacerlo ante cuestiones claves del entrevistador. El entrevistador, por tanto, debe tener cuidado en no sacar conclusiones en relación a cómo un niño se siente ante un determinado hecho o situación basándose en las reacciones de un adulto.
- La experiencia de traumas puede afectar a la aptitud del niño para comunicar información durante las entrevistas. Por tanto, el juez debe, también, recurrir a otros métodos y enfoques, tales como la observación, el completar frases, los juegos y dibujos para ayudar al niño a expresar experiencias traumáticas.
- La extensión de la entrevista debe adaptarse a la edad, madurez y condiciones psicológicas del niño. Es aconsejable mantener dos o tres entrevistas cortas en

lugar de una larga a fin de reducir el estrés del niño. Es más apropiado recurrir a los mismos entrevistadores e intérpretes, dado que el niño necesita, a menudo, tiempo para construir sus relaciones. Si el niño manifiesta, en algún momento, su preferencia por una determinada persona debe ser objeto de discusión.

- En situaciones excepcionales de extrema angustia, tales como incidentes de maltrato, debe establecerse medidas que aseguren que el niño tiene acceso inmediato a asesoramiento, en especial, si es probable que la información que puede originar la angustia vuelva a resurgir durante la entrevista.

#### 2.8.4.4. Abogado del niño

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

#### 2.8.5. Derecho a que su opinión sea tenida en cuenta

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

#### 2.8.6. Participación en el CCyC

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

- Los deberes y derechos sobre el cuidado de los hijos: para otorgar el cuidado personal unilateral se debe tener en cuenta la opinión del hijo.
- En el plan de parentalidad los progenitores deben procurar la participación del hijo tanto en su estipulación como en su modificación (art. 655 CCyC).
- Juicio contra los progenitores: el hijo menor puede reclamar a sus progenitores sin autorización judicial si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente.

- Actuación en juicio del adolescente: los progenitores pueden estar en juicio representando a sus hijos, pero se presume que el hijo adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores o de manera autónoma con asistencia letrada (art. 677 CCyC).
- Juicio criminal: el hijo adolescente no precisa autorización de sus progenitores para estar en juicio cuando sea acusado criminalmente.
- En la adopción se requiere el consentimiento del niño a partir de los 10 años.
- Declaración judicial de adoptabilidad: el niño, niña o adolescente es parte en el proceso de declaración de adoptabilidad (art. 608 CCyC).
- Es obligatoria la entrevista personal del juez con el niño (art. 609 CCyC).
- Adopción simple: el adoptado que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede solicitar se mantenga el apellido de origen (art. 627 CCyC).
- En la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental, el juez debe necesariamente oír al menor (art. 643 CCyC).
- En caso de adopción conjunta de personas divorciadas el juez debe escuchar al menor para valorar especialmente la incidencia que la ruptura podría provocar al interés superior del menor.

## 2.9 | Resolución pacífica de los conflictos

En primer lugar cabe señalar que “la resolución pacífica de los conflictos” es de la esencia del derecho y no existe ninguna norma procesal que busque una resolución que no sea pacífica. Así, por ejemplo, aun el tan vituperado divorcio contradictorio busca una sentencia que es una forma pacífica de poner fin a la controversia.

Creemos que cuando el CCyC hace alusión a resolución pacífica de los conflictos se está refiriendo a la preferencia de la autocomposición de los conflictos por sobre la imposición de una resolución adversa.

En este sentido, opina Kielmanovich, sería conveniente la inclusión del principio de acentuación de la función conciliadora, por el que se sostiene que lo que ha sido materia de acuerdos habrá de ser privilegiado y tomado como antecedente relevante para resolver la cuestión sometida al juez, sin que quepa entender que se encuentra aprehendido en el CCyC por la mención que contiene referida a que las normas “que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia (...)

y la resolución pacífica de los conflictos" (art. 706 CCyC), pues la decisión alcanzada sin la autocomposición de las partes sino a partir del dictado de la sentencia definitiva, es también y a no dudarlo, "resolución pacífica" de conflictos. Lo que indica el principio es que el tribunal debe favorecer la conciliación como medio de superar diferencias procurando la pacificación de la contienda mediante el avenimiento de las partes. Este medio halla un fundamento acabado en lo relativo al conflicto familiar.

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

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

### 2.9.1. La resolución pacífica de los conflictos en el CCyC

En múltiples artículos, el CCyC tiende a buscar una solución no controversial de los conflictos. Así, por ejemplo en la responsabilidad parental, en caso de desacuerdos reiterados entre los progenitores, cualquiera de ellos puede acudir al juez competente, quien puede someter las discrepancias a mediación (art. 642 CyC).

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

## 2.10 | Especialización de los jueces<sup>(14)</sup>

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

.....

(14) Enseña Kemelmajer de Carlucci que el tema de los tribunales de familia fue abordado en el I Congreso Mundial sobre Derecho Familiar y Derecho Civil, (Acapulco, México, 1978); también en el Congreso Hispanoamericano de Profesores de Derecho de Familia, (Salta, Argentina, 1983) y en el VII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia (El Salvador, 1992). En todos se coincidió en que "la existencia de los tribunales especializados, técnicamente asesorados, contribuye a garantizar y consolidar la convivencia familiar y a resolver con mayor justicia y eficacia los conflictos familiares". En El Salvador se insistió en que "los Estados

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

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

## 2.II | Interés superior del niño<sup>(15)</sup>

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

En lo concerniente al procedimiento el “interés superior del menor”, exige que el sistema no sea exclusivamente dispositivo, y que, en caso de conflicto entre la aplicación de leyes que regulan los derechos del niño

.....  
deben proveer a los organismos jurisdiccionales de los recursos necesarios para que la estructura judicial pueda responder a las necesidades de los justiciables”, desde que de nada vale tener tribunales de familia que carecen de la infraestructura mínima (KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “Principios procesales y tribunales de familia”, en JA 1993-IV-676.

(15) RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, *El interés del menor*, 2ª ed., Madrid, Dykinson, 2007.

con otras disposiciones legales, debe aplicarse la legislación del niño, niña o adolescente o sus principios.

Por otra parte, para lograr el "interés superior del menor" hay que flexibilizar el derecho formulario, porque siempre ha de prevalecer la verdad real por sobre la verdad formal, y no se puede aceptar que una inadecuada elección de la fórmula o acción haga perder el juicio.

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

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

## 2.12 | Principios relativos a la prueba

### 2.12.1. Principios de la prueba

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

#### 2.12.1.2. Libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba

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

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

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

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

Respecto de la interpretación de la prueba, como los hechos son de difícil probanza, el juez deberá ocurrir al valorarlas en conjunto. En este aspecto, cobra mayor importancia la aplicación y construcción de presunciones, así como la valoración de la conducta de las partes.

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

### 2.12.1.3. *Favor probatione*

Como corolario de la amplitud y libertad de la prueba debe aplicarse el principio *favor probatione* por el cual en caso de duda el juez debe pronunciarse a favor de la admisión, la producción, o la eficacia de la prueba de que se trate. Ejemplo de este principio es la admisibilidad de la declaración de testigos excluidos en lo civil y comercial, como los parientes en línea recta de las partes (art. 711 CCyC).

### 2.12.2. Carga dinámica de la prueba

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

#### 2.12.2.1. La carga recae en quien está en mejores condiciones de probar

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

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

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

La jurisprudencia aplica conjuntamente y no distingue la carga dinámica de la prueba y la aplicación del principio de colaboración en materia probatoria, para condenar al demandado frente a la ausencia de elementos de prueba directos que permitan verificar el modo en que sucedieron los hechos alegados. Normalmente ambos institutos van en el mismo sentido (quien tiene la posición dominante no cumple con su deber de colaboración). Pero puede ocurrir que la parte que se encuentra en mejores condiciones de probar (pesando así indefectiblemente sobre sus espaldas las consecuencias de la incertidumbre si acudiéramos a la “teoría de las cargas dinámicas”), aun aplicando sus mejores esfuerzos (razonablemente evaluados y cumpliendo entonces con su deber de colaboración), no llegue a convencer al juez respecto de su tesis sobre los hechos. La teoría de las cargas dinámicas de la prueba y su distinción respecto de la influencia del principio de colaboración en el proceso. Así, si en el ejemplo citado aplicáramos la primera institución, debería acogerse la pretensión ante la ausencia de prueba, porque entre el paciente y el médico, es este último quien objetivamente se encuentra en mejores condiciones de probar. Por el contrario, si valoramos el caso sobre la base del principio de colaboración procesal, llegaremos a la conclusión opuesta (rechazo de la demanda) toda vez que se valora la conducta de las partes para extraer de ella argumentos de prueba (presunciones).

#### 2.12.2.2. Carga de colaboración

Se recibe expresamente, el principio de colaboración, que es uno de los deberes positivos que derivan de la actuación de buena fe. Este implica la posibilidad de extraer indicios (o “argumentos de prueba”) derivados de la omisión de aportar elementos de juicio razonablemente disponibles para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos (art. 163, inc. 5, CPCCN).

El principio de colaboración procesal, impone a la parte “fuerte” de la relación procesal, la carga de aportar los elementos que se encuentren (o debieran razonablemente encontrarse) a su disposición para el esclarecimiento de la verdad. Este principio está relacionado directamente en la doctrina y jurisprudencia, pero no se identifica con las cargas dinámicas de la prueba. Es una carga o imperativo del propio interés, puesto que la parte que no cumple con la carga se expone a obtener una sentencia desfavorable. No se lo sanciona por el incumplimiento. Por infringir el deber de buena fe, la parte dotada de dichos conocimientos —o que razona-

blemente debía contar con los mismos— actúa con displicencia (*v. gr.*, se ampara en la mera negativa de los hechos afirmados por la contraparte) o los oculta dolosamente, se expone a que el juez extraiga indicios de esa conducta, que lo lleven a perder el juicio.

### 2.12.3 Normas relativas a la prueba en el CCyC

Además de las normas que ya hemos citado queremos poner de relevancia algunos artículos específicos sobre prueba que contiene el CCyC:

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

### 2.12.4. Testigos

Se deroga en materia de familia la calidad de testigo excluido de los consanguíneos y afines en línea recta de las partes, y del cónyuge, aunque estuviere separado legalmente, consagrado por los códigos procesales.

Ya la jurisprudencia había admitido la declaración de familiares en materia de familia, sobre todo bajo la figura del testigo necesario. En la aplicación del principio de amplitud de la prueba, se invierte la regla: todos los parientes están habilitados a declarar como testigos, pero el juez puede de oficio o a petición de parte puede no admitir la declaración de los parientes que se nieguen a prestar declaración, de los menores de edad, en ambos casos por motivos fundados.

La exclusión tenía como fin proteger la estabilidad de los vínculos familiares que se verían en riesgo frente a la tensión que significa emitir

un testimonio a sea en beneficio o en perjuicio de un pariente o de su propio consorte. Por ello la prohibición no se justifica en los procesos de familia —relativos al estado civil de las personas, el divorcio y la filiación, por ejemplo— en los que no cabe ya hablar de cohesión o armonía que tutelar.

Asimismo, en estos procesos esos testigos son los que se hallan en mejor posición de conocer los hechos que interesan a la litis. Sin embargo, como señalamos, el juez puede considerar que en el caso concreto es preferente el interés de la familia en evitar mayores discordias que el interés de las partes y la sociedad en alcanzar la verdad material. Además, pueden existir otros motivos fundados para declarar inadmisibles las declaraciones del testigo ofrecido, como son las excepciones al deber de declarar (por ejemplo, secreto profesional) o la protección de la integridad psicológica del testigo, entre otras.

### 3 | Acciones del estado de familia

En el Capítulo II del Título VIII se regulan las acciones del estado de familia sin definir las, por lo cual lo primero que debe hacer el intérprete es determinar qué se entiende por acciones de estado de familia.

Entendemos que son acciones de estado de familia las que tienen por finalidad comprobar un título de estado del cual se carece, destruir un estado falso o inválido, crear un estado de familia nuevo o modificar un estado ya existente. Las acciones de familia se refieren tanto al estado matrimonial como al estado filial, es decir que comprenden las acciones de filiación, las relativas al vínculo conyugal y al derivado de la unión convivencial. Entre ellas encontramos las siguientes acciones:

- Acción de reclamación del estado matrimonial.
- Acción de reclamación del estado de conviviente.
- Acción de divorcio.
- Acción de disolución de la unión convivencial.
- Acción de reclamación de la filiación matrimonial.
- Acción de impugnación de la paternidad.
- Acción de impugnación de la maternidad.

- Acción de reclamación de estado de hijo extramatrimonial.
- Acción de impugnación de la maternidad extramatrimonial.
- Acción de nulidad del reconocimiento.
- Acción de adopción.
- Acción de revocación de la adopción.
- Acción de nulidad de la adopción.
- Acción de pérdida de la autoridad parental.

Estas acciones tienen como característica el hecho de ser irrenunciables, imprescriptibles y de inherencia personal, pero no se establece claramente que son inalienables.

El art. 713 CCyC establece con acierto la inherencia personal de las acciones de familia, que provienen del hecho de que el estado de familia, como atributo de la personalidad, sea inherente a la persona, es decir que está excluido su ejercicio por toda persona que no sea su titular.

No obstante que las acciones de familia son de inherencia personal, el Código prevé que la acción de adopción sea ejercida de oficio por el juez y por el órgano administrativo (art. 616 CCyC), lo que contradice completamente el carácter de inherente a la persona que tiene la acción por la cual se solicita la filiación adoptiva de un menor.

En realidad, es impensable que el juez, sin el acuerdo del adoptado y sin su aceptación, pueda iniciar una acción de filiación adoptiva. Lo que puede hacer es impulsar a quien tiene la guarda con fines de adopción a iniciar el proceso de adopción, bajo apercibimientos varios, pero no siendo representante del adoptante, no puede iniciar en su nombre una acción de inherencia personal.

Las acciones de estado de familia, en principio, son irrenunciables, debido a que el estado de familia es irrenunciable. La norma aclara que los derechos patrimoniales derivados del estado de familia están sujetos a prescripción y también a la posibilidad de la renuncia.

Por otra parte, las acciones son también imprescriptibles aunque se admite la caducidad de la acción de nulidad de matrimonio (para el tratamiento del tema remitimos al capítulo de acciones de familia).

## 4 | Competencia

En el Capítulo III del Título VIII se establecen normas sobre la competencia, determinando que en los procesos relativos a los derechos de niños, niñas y adolescentes, es juez competente el juez donde el menor de edad tiene su centro de vida. En los de divorcio o en los de uniones convivenciales, el juez del último domicilio conyugal o el del demandado, a elección del actor. En el de alimentos y pensiones compensatorias, el juez del domicilio conyugal o convivencial, el del beneficiario o el del demandado a elección del actor. A continuación trataremos de determinar por separado, en cada tipo de acción, quién es el juez competente.

### 4.1 | Juez competente en acciones de divorcio

El proceso de divorcio puede iniciarse por presentación conjunta o por petición unilateral (art. 437 CCyC). En ambos casos será juez competente el juez del último domicilio conyugal.

En el caso de divorcio por petición unilateral, además de ser competente el juez del último domicilio conyugal, tiene competencia el juez del domicilio del demandado a elección del actor.

En el supuesto de divorcio por presentación conjunta, es también competente el juez del domicilio de cualquiera de los cónyuges (art. 717 CCyC).

#### 4.1.1. Juez competente en acciones de disolución de la sociedad conyugal cuando medie quiebra o concurso

El sistema propuesto establece que si se ha declarado el concurso o la quiebra de uno de los cónyuges, en la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio es competente el juez del proceso colectivo (art. 717 CCyC).

El fundamento por el cual los juicios fundados en relaciones de familia que refieren a cuestiones netamente patrimoniales (en el caso, liquidación de la sociedad conyugal), quedan bajo el fuero de atracción de la quiebra, está dado porque de este modo se atiende al principio de universalidad y concentración impuestos por la ley para hacer efectiva la competencia del juez sobre los bienes del fallido, pagar a los acreedores en situación de quiebra, además de la conveniente participación del síndico en causas donde se involucran los bienes desapoderados.

La competencia en materia de acciones de divorcio o nulidad del matrimonio, asuntos conexos y las que refieran a los efectos de la sentencia se atribuye al juez del último domicilio conyugal o el del demandado, de manera similar a la forma en que lo establecía el art. 227 CC. El nuevo texto añade la alternativa de que pueda serlo el juez de cualquiera de los domicilios de los cónyuges si la presentación es conjunta. Esta decisión es razonable pues se refiere a una situación frecuente entre esposos que han interrumpido la convivencia y han trasladado su domicilio a un lugar distinto del que fuera sede del último hogar conyugal. Obligar a regresar ha dicho lugar al solo efecto de tramitar el divorcio, si ninguno de los interesados mantiene allí su residencia, no encuentra justificación alguna.<sup>(16)</sup>

## 4.2 | Juez competente en acción de nulidad de matrimonio

En las acciones de nulidad de matrimonio y en las acciones conexas con ellas y las que versan sobre los efectos de la sentencia, es competente el juez del último domicilio conyugal o el del demandado a elección del actor (art. 717 CCyC).

Entre las acciones conexas a la acción de nulidad de matrimonio se encuentran las acciones de disolución de la comunidad, las demandas por indemnización de daños y perjuicios al cónyuge de mala fe y las acciones para la demostración de los aportes de cada cónyuge a efectos de dividir los bienes en proporción a ellos como si se tratase de una sociedad de hecho: todas ellas serán de competencia del juez del domicilio del accionado o el del último domicilio conyugal a elección del accionante (art. 439 CCyC).

También es una acción conexas al juicio de nulidad la acción para solicitar compensación económica que sólo corresponde al cónyuge de buena fe. En este caso, el juez competente por pensiones compensatorias entre cónyuges o convivientes es el juez del último domicilio conyugal o convivencial, o el del domicilio del beneficiario, o el del demandado, o aquel donde deba ser cumplida la obligación alimentaria, a elección del actor (art. 719 CCyC).

.....

(16) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA. HERRERA, MARISA, y LLOVERAS, NORA, *Tratado de Derecho de Familia (Según el Código Civil y Comercial de 2014)*, t. IV, Bs. AS., Rubinzal-Culzoni, 2014.

### 4.3 | Juez competente en acciones de filiación

Para determinar la competencia en acciones de filiación hay que coordinar lo dispuesto por los arts. 716, 720 y 581 CCyC y determinar si es ejercida por una persona mayor de edad o menor de edad. La acción de filiación, sea ejercida por personas menores de edad o con capacidad restringida, es de competencia del juez del lugar donde el actor tiene su centro de vida o el del domicilio del demandado, a elección del actor (art. 581 CCyC). Por otra parte, si la acción de filiación es iniciada por un mayor de edad, la competencia se fija por el domicilio del demandado (art. 720 CCyC).

### 4.4 | Juez competente en acciones de adopción

En lo referente a adopción, el nuevo régimen del CCyC trae como novedad que en el Título VI, Capítulo II, se regula el estado de adoptabilidad, que requiere de un proceso administrativo y uno judicial para obtenerlo. Es decir que en lugar de los dos procesos que el Código Civil requiere para llegar a la adopción (juicio de guarda preadoptiva y juicio de adopción) en el CCyC se deben seguir cuatro procesos, uno administrativo y tres judiciales. Estos últimos son: el juicio de declaración de adoptabilidad, el juicio de guarda preadoptiva y el juicio de adopción.

Por otra parte, se regula más acabadamente la adopción del mayor de edad y la adopción de integración. Para determinar la competencia en estos procesos se armonizan las reglas sobre juez competente determinadas en el título de "Adopción" y con las establecidas en del título de "Procesos de familia".

#### 4.4.1. Juez competente en el juicio de declaración judicial de adoptabilidad

El juicio de declaración judicial de adaptabilidad tramita ante el juez que ejerció el control de legalidad de las medidas excepcionales (art. 609 CCyC).

Puede ocurrir que no hayan existido medidas excepcionales; en este caso la regla que fija la competencia es la establecida en el art. 716 CCyC) y, por lo tanto, será competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida.

#### **4.4.2. Juez competente en el juicio de guarda con fines de adopción**

La guarda con fines de adopción debe ser discernida por el juez que dictó la sentencia que declara el estado de adoptabilidad (art. 612 CCyC).

#### **4.4.3. Juez competente en el juicio de adopción**

En el juicio de adopción el sistema proyectado otorga a los pretensos adoptantes la facultad de elegir llevar el juicio de adopción en el juzgado del domicilio del niño o ante el tribunal que otorgó la guarda con fines de adopción. En este sentido, el art. 615 CCyC prevé una regla especial de competencia que dice que es juez competente para la adopción 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.

#### **4.4.4. Juez competente en el juicio de adopción de integración**

La adopción de integración se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente (art. 620 CCyC). En la adopción de integración no se exige declaración judicial de estado de adoptabilidad, y tampoco se exige previa guarda con fines de adopción (art. 632 CCyC), con lo cual las reglas sobre competencia judicial se desvinculan de las establecidas en el proceso de declaración de adaptabilidad y de las fijadas en el juicio de guarda previa. En definitiva, en el juicio de adopción de integración es juez competente el del lugar donde el niño, niña o adolescente tiene su centro de vida.

#### **4.4.5. Juez competente en el juicio de adopción de mayor de edad**

El CCyC permite que, excepcionalmente, puede ser adoptada la persona mayor de edad cuando: a) se trate del hijo del cónyuge o conviviente de la persona que pretende adoptar; b) hubo posesión de estado de hijo mientras era menor de edad, fehacientemente comprobada (art. 597 CCyC).

El CCyC no prevé ninguna norma especial para la determinación del juez competente en el supuesto de adopción del mayor de edad, por lo que habrá que estar a las normas generales sobre competencia en las acciones de filiación, ya que la adopción es uno de los tres tipos de filiación.

En definitiva, en la acción de adopción planteada por una persona mayor de edad es competente el juez del domicilio del demandado, ya que por tratarse de una acción de filiación se le aplican las normas del art. 720 CCyC.

## 4.5 | Juez competente en las acciones derivadas de la unión convivencial

En los conflictos derivados de las uniones convivenciales, es competente el juez del último domicilio convivencial o el del demandado a elección del actor (art. 718 CCyC).

## 4.6 | Juez competente en acciones de alimentos

En relación con los alimentos, hay que distinguir los alimentos entre cónyuges, de los alimentos para los hijos menores y de los alimentos entre parientes. En el juicio de alimentos para los hijos menores, es competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida (art. 716 CCyC). Este criterio de selección de competencia responde a las pautas establecidas por la Convención de los Derechos del Niño, se adecua asimismo a la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, y a reiterada doctrina y jurisprudencia. Así, la noción “centro de vida” debe entenderse como el lugar donde el menor vive efectivamente, donde se desarrolla, lugar que le supone estabilidad y permanencia. Es importante resaltar que la determinación de la competencia en cuanto a juicios que impliquen intereses de menores se impone al tratarse de un juicio principal, como así también cuando se requiere la modificación de lo resuelto en otra causa de extraña jurisdicción.

Se debe comprender que este principio de competencia quiebra otros principios procesales de vieja raigambre, como por ejemplo aquellos que sostienen la perpetuación de la jurisdicción y la conexidad. Este cambio radical se entiende en base al interés del menor y a la capacidad del magistrado de verificar —por aplicación también del principio de inmediatez— las situaciones fácticas que le fueran traídas a examen.

En las acciones por alimentos entre cónyuges o convivientes, es competente el juez del último domicilio conyugal o convivencial, o el del domicilio del beneficiario, o el del demandado, o aquel donde deba ser cumplida la obligación alimentaria, a elección del actor (art. 719 CCyC). Es dable resaltar que en la competencia que aquí se trata no debe haber acción de divorcio iniciada, puesto que en tal caso sería de aplicación el art. 717 CCyC toda vez que se trataría de una cuestión conexa al mismo.

## 4.7 | Juez competente en acciones para solicitar compensación económica

El cónyuge o conviviente a quien el divorcio o la disolución de la unión convivencial produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial o convivencial y su ruptura, tiene derecho a una compensación.

El juez competente para fijar la compensación es el juez del último domicilio conyugal o convivencial, o el del domicilio del beneficiario, o el del demandado, o aquel donde deba ser cumplida la prestación compensatoria a elección del actor (art. 719 CCyC).

## 5 | Medidas provisionales

El último de los Capítulos del Título VIII del Libro Segundo del CCyC realiza una enumeración enunciativa de las medidas provisionales relativas a las personas y a los bienes que se pueden tomar tanto en el divorcio y en la nulidad de matrimonio, como en la unión convivencial.

La denominación "medidas provisionales" se justifica porque ellas necesariamente deben establecer un plazo de duración, según lo establecido en el art. 722, *in fine*, CCyC. Lo que en realidad será muy difícil de fijar en algunos casos como en el que se refiere a los alimentos, que no se fijan por plazo sino por necesidad o teniendo en cuenta las circunstancias personales de las partes.

Las **medidas personales** se enuncian en el art. 721 CCyC, de manera no taxativa. Entre ellas se establece que el juez puede: a) determinar, teniendo en cuenta el interés familiar, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y, previo inventario, qué bienes retira el cónyuge que deja el inmueble; b) si corresponde, establecer la renta por el uso exclusivo de la vivienda por parte de uno de los cónyuges; c) ordenar la entrega de los objetos de uso personal; d) disponer de un régimen de alimentos y ejercicio y cuidado de los hijos; e) determinar los alimentos que solicite el cónyuge.

En cuanto a las **medidas relativas a los bienes**, el juez está facultado a dictar las medidas de seguridad para evitar que la administración o disposición de los bienes por uno de los cónyuges pueda poner en peligro,

hacer inciertos o defraudar los derechos patrimoniales del otro, cualquiera que sea el régimen patrimonial matrimonial. El magistrado también puede ordenar las medidas tendientes a individualizar la existencia de bienes o derechos de los que los cónyuges fuesen titulares.

A estas medidas hay que adicionarles las medidas protectorias especiales establecidas para la etapa de indivisión poscomunitaria, consistentes en: a) la autorización para realizar por sí solo un acto para el que sería necesario el consentimiento del otro cónyuge, si la negativa requerida es injustificada; b) la designación de un cónyuge o de un tercero como administrador de la masa del otro (art. 483 CCyC).

Es importante tener en cuenta que existen diferentes tipos de denominación para las medidas cautelares, que sería importante unificar porque, por ejemplo, el art. 479 CCyC, bajo el título de “Medidas cautelares”, remite al art. 483 CCyC, que se refiere a medidas protectorias. Así tenemos:

- Medidas cautelares (arts. 479, 550 CCyC).
- Medidas protectorias (art. 483 CCyC).
- Medidas provisionales (art. 721 CCyC).
- Simplemente medidas (art. 135 CCyC, en tutela; art. 553 CCyC, en alimentos; art. 557 CCyC, medidas para asegurar la comunicación; art. 642 CCyC, medidas de intervención interdisciplinaria en ejercicio de la responsabilidad parental).

## 6 | Conclusión

A lo largo de este artículo hemos tratado de describir los aspectos más trascendentes de las normas referentes a los procesos de familia que en definitiva lo que buscan es “sacudir inercias y egoísmos que tantas veces, en orden al derecho de fondo cuanto al derecho procesal, dejan la impresión de que en vez de empeñarse en buscar respuestas afirmativas a las justas pretensiones de los justiciables, algunos tribunales se arrinconan en las negociaciones esterilizantes”.<sup>(17)</sup> No se podría expresar con más claridad lo que intentamos demostrar en este trabajo, pues es necesario que el juez no se ciña a principios rígidos, y tenga en cuenta que tales principios deben interpretarse con criterio amplio para que los derechos fundamentales de las personas tengan vigencia real y concreta.

(17) ARAZI, ROLAND, “Flexibilización...”, *op. cit.*, p. 127.