

## **“XXIX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL”**

COMISION: a) TEMA 1. (Proceso civil) Incidencia del Código Civil y Comercial en los Códigos Procesales Civiles y Comerciales de la República.

TEMA: Incidencia del Código Civil y Comercial respecto a la prueba en los procesos de familia en los Códigos Procesales Civiles y Comerciales de la República.

AUTORA: Irina Daiana Brest

DIRECCION POSTAL: José María Soto 1534, ciudad de Goya (Provincia de Corrientes) C.P: 3450

TELEFONO: 03777-15539820

DIRECCIÓN DE CORREO ELECTRÓNICO DEL AUTOR:  
[irina\\_brest@hotmail.com](mailto:irina_brest@hotmail.com)

Breve síntesis de propuesta: Realizare un panorama general de la reforma y los nuevos principios de oficiosidad, libertad, amplitud y flexibilidad, la legislación expresa de las cargas dinámicas probatorias y la admisión de los testigos menores, allegados y parientes en materia probatoria en los procesos de familia del Código Civil y Comercial de la Nación, resaltando que a pesar de ser cuestiones procesales de materia reservada por las provincias según nuestra Constitución Nacional y no estar contempladas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y sus pares provinciales, su puesta en práctica refuerza indudablemente nuestro estado constitucional de derecho al asegurar la tutela judicial efectiva, el cumplimiento de las metas del programa “Justicia 2020” y refleja la imperiosa necesidad de adaptación de las normas procesales de los Códigos Rituales de la República. Proponiendo que por ser una materia con principios rectores propios se legisle en un especializado Código Procesal de Familias Nacional y Provinciales.

POSTULACION: Concurso para publicar en el libro del Congreso y los premios de la “Asociación Argentina de Derecho Procesal” y “elDial.com” referidos en el artículo 7 del Reglamento.

Incidencia del Código Civil y Comercial respecto a la prueba en los procesos de familia en los Códigos Procesales Civiles y Comerciales de la República.

#### I-INTRODUCCION:

El Código Civil y Comercial entrado en vigencia el 1 de agosto 2015 incorpora significativos cambios, reflejando su perspectiva constitucional y convencional en los arts. 1º a 3º.

El paradigma vigente implica un verdadero desafío para los operadores del derecho que deberán evitar caer en déficits de operatividad ante la ausencia de normas procesales locales que se adapten al nuevo ordenamiento social.

Limitare mi estudio a la reforma y los nuevos principios en materia probatoria en los procesos de familias del Código Civil y Comercial de la Nación.

#### II-PRINCIPIO DE OFICIOSIDAD:

El artículo 709 establece que: *“En los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente.*

*El impulso oficioso no procede en los asuntos de naturaleza exclusivamente económica en los que las partes sea personas capaces”.*

Es decir que, el rol del Juez de Familia adquiere mayor activismo, ya no es solamente un mero espectador respecto a las pruebas producidas caprichosamente por las partes, sino que tiene que agotar todas las vías necesarias para esclarecer los hechos controvertidos para poder llegar a lo más cercano a la verdad real y así resguardar el interés superior del niño, evitar la frustración de los derechos y sentenciar conforme a “derecho”.

Se recoge la idea de un juez director del trámite con amplios poderes. Esto encuentra su correlato paradigmático en materia de acciones de estado en

las que se encuentre comprometido el orden público, tal como acontece en las acciones de filiación<sup>1</sup>.

Establece la excepción a ello en los procesos en que solamente se discutan asuntos de naturaleza exclusivamente económica como sería una compensación económica o una indemnización de daños cuando las partes sean personas capaces.

La puesta en marcha del proceso jurisdiccional corresponde a las partes (impulso inicial) ya que éste se activa ante el requerimiento efectuado por el actor que interpone la demanda. Admitida formalmente la pretensión, el *impulso será de oficio y por tanto el trámite continuará a instancias del órgano jurisdiccional, en búsqueda de la finalización del proceso*. Esto significa que no es necesario que las partes deban volver a impulsarlo, salvo en situaciones especiales<sup>2</sup>.

En suma, esto se traduce en lo que para Morello es un “nuevo modelo de justicia” para esta clase de conflictos, que es *la justicia de colaboración o acompañamiento*, se coloca cerca de las partes, adentrándose en el conflicto para orientarlas, buscando soluciones no traumáticas que contemplen los distintos intereses en juego<sup>3</sup>.

### III- PRINCIPIOS RELATIVOS A LA PRUEBA:

Seguidamente, el art. 710 del CCyCN dispone: *“Los procesos de familia se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba. La carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar”*.

---

<sup>1</sup> Tratado de derecho de familia según el código civil y comercial de 2014, dirigido por Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras, 1ª ed, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, p.444.

<sup>2</sup> BERTOLDI DE FOURCADE, María V. y FERREIRA DE DE LA RÚA, Angelina Régimen Procesal del Fuero de Familia, Bs. As., Depalma, ps. 34 y 35.

<sup>3</sup> Código Civil y Comercial de la Nación comentado/ dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2016, p.589 citando a Morello Augusto M., Un nuevo modelo de justicia, en L.L. 1986-C-800.

Es sabido que existen ciertos hechos o situaciones que son de difícil acreditación, como por ejemplo, algunos hechos ilícitos o sucedidos muchos años atrás, en lo que aquí interesa, lo ocurrido en el seno de una familia, supuestos en los cuales se propicia el principio *favor probationes*<sup>4</sup>, que significa que, en casos de objetivas dudas en torno a la producción, admisión, conducencia o eficacia de las pruebas, habrá de estarse por un criterio amplio en favor de ella, dado que, como se ha dicho, el “hecho familiar”, por sí mismo, es difícil de probar, pues sucede entre cuatro paredes, muchas veces sin la presencia de testigos o, en su caso, frente a testigos involucrados en la problemática<sup>5</sup>.

Los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba se refieren tanto a lo que se pretenden probar como a los medios ofrecidos. Es decir que el Juez no debe desestimarlos aludiendo rígidas normas procesales ni prejuzgarlos de superfluos.

La naturaleza de los hechos que deben ser demostrados en un proceso de familia y la importancia que tiene la acreditación de la verdad exige que se adapten las reglas generales de la prueba a las peculiaridades de este tipo de juicios<sup>6</sup>.

En tal sentido, los medios de prueba a ofrecer no pueden sufrir limitaciones, y en caso de duda sobre su admisibilidad debe estarse por su aceptación, sin perjuicio de la valoración que haga el juez de ellos en el momento de dictar sentencia. Esta es una garantía que asegura el debido proceso que tiene raigambre constitucional, y asegura contar con los medios necesarios para el esclarecimiento de la verdad<sup>7</sup>.

En el segundo párrafo del presente artículo 710 del CCyCN de comentario consagra expresamente la figura de las denominadas cargas dinámicas que

---

<sup>4</sup> Guahnon Silvia V. INCIDENCIAS DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION EN MATERIA PROBATORIA EN LOS PROCESOS DE FAMILIA, en LA PRUEBA, coordinación general de Jorge A. Rojas, 1ª ed. Revisada, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2016, p.701 citando a Muñoz Sabaté Luis, Tratado de la prueba judicial. La prueba del hecho psíquico, Bosch, Barcelona, 1995, t. 1, ps. 164 y 359 y ss.

<sup>5</sup> Guahnon, ob. cit. p.702 citando a Kielmanovich Jorge L., Derecho Procesal de Familia, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 15.

<sup>6</sup> Azpiri Jorge O. Incidencias del Código Civil y Comercial, Volumen 1 Derecho de Familia, 1ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, p. 283.

<sup>7</sup> Azpiri, ob. cit., p. 283.

actualmente no se encuentran legisladas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y en algunos pares Provinciales<sup>8</sup> pero que la jurisprudencia y la doctrina ya la admitía.

La norma expresa que la carga recae “finalmente” en quien está en mejor condiciones de probar, lo que significa que, en el inicio (esto es, al promoverse el proceso, ofrecerse los medios de prueba y producirse los), las normas generales sobre carga de la prueba conservarán su vigencia (v. gr., art. 377 del CPCCN), aunque se reconoce que si, al final, el juez no se formó la convicción acerca de la existencia de uno o más hechos afirmados, entonces juzgará la situación según quién estaba en mejores condiciones y no intentó siquiera hacerlo (sin ofrecer medios probatorios a tales fines o desistiendo de los ya ofrecidos) y según quién, aun estando en condiciones más desfavorables para probarlo, no intentó justificar su dificultad probatoria en los escritos iniciales ni intentó siquiera acreditar de un modo indirecto la ocurrencia el o los hechos en cuestión<sup>9</sup>.

Debe tenerse en cuenta que el Juez por el principio de oficiosidad, igualmente antes de dar una solución al caso, podrá ordenar producir las pruebas omitidas por la parte que estaba en mejores condiciones de probar en resguardo de los valores constitucionales como el interés familiar, el interés superior del niño, entre otros.

La importancia de su regulación explícita reside en que concluye con la incertidumbre que, con anterioridad a la sanción del Código, provocaba la aplicación discrecional de esta doctrina, ante el desconocimiento de la parte en cuyo perjuicio se esgrimía, llegando a afectar el principio constitucional de defensa en juicio<sup>10</sup>.

La importancia del conocimiento de la verdad, y la correlativa solidaridad o colaboración en su incorporación al proceso, se aparta de la regulación legal

---

<sup>8</sup> En la provincia de Corrientes, el tercer párrafo de su art. 377 contempla las pruebas dinámicas al decir que: *“Las directivas contenidas en esta norma se adecuarán al deber de colaboración de las partes, si, por razón de la habitualidad, especialización u otras condiciones, la atención de la carga ha de entenderse que es a la parte contraria a quien corresponde según las particularidades del caso.”*

<sup>9</sup> Guahnon, ob. cit., p. 706.

<sup>10</sup> Código Civil y Comercial de la Nación comentado/ dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti, ob. cit., ps. 594-595.

que derivaba de una concepción absolutamente dispositiva del proceso civil<sup>11</sup>.

#### IV- TESTIGOS:

Luego, el artículo 711 del nuevo Código establece que: *“Testigos. Los parientes y allegados a las partes a las partes pueden ser ofrecidos como testigos.*

*Sin embargo, según las circunstancias, el juez está facultado para no admitir la declaración de personas menores de edad, o de los parientes que se niegan a prestar declaración por motivos fundados.”*

Es decir que aquí se rompe la rígida regla del art. 427 del Código Procesal Civil y Comercial Nacional y sus concordantes provinciales respecto a los testigos que deben ser excluidos, pues estas personas en cuestiones de familia son generalmente las únicas que tienen realmente conocimiento de lo que ocurre a puertas cerradas de sus hogares.

Realmente, el artículo citado es confuso. En todos los códigos procesales se admite la declaración de los “allegados” y en cuanto a los parientes, se excluyen sólo los expresamente mencionados (en el CPCCN: consanguíneos o afines en línea directa de las partes y cónyuge, art. 427). Con relación a los menores, están habilitados para declarar quienes hayan cumplido catorce años (art. 426). Concordando las disposiciones del Código Civil y Comercial y del CPCCN correspondería interpretar que en los proceso de familia pueden declarar como testigos las personas excluidas por este último y los menores de 14 años (o 13 años pues se lo considera adolescente con capacidad para ciertos actos: art. 26, CCyC), salvo que el juez no admita la declaración de quienes se niegan a declarar por motivos fundados<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Tratado de derecho de familia según el código civil y comercial de 2014, dirigido por Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras, ob. cit., 2014, p.448.

<sup>12</sup> Arazi Rolando. Aciertos y comentario crítico del Código Civil y Comercial, en L.L. 2015-F-812.

Esto no significa que al declarar sobre las llamadas “generales de la ley” no se ponga de manifiesto la relación que existe con las partes que el juez valore según las reglas de la sana crítica la imparcialidad y la fuerza de convicción de las declaraciones testimoniales<sup>13</sup>.

Es de notar que el artículo nada dice respecto a personas con capacidad restringida, por lo cual se supone que el juez debe admitirla dependiendo el tipo y grado de incapacidad de la persona propuesta a testiguar, si puede darse a entender verbalmente, siempre en presencia del Asesor de Incapaces y si fuera necesario un perito o consultor traductor debidamente designado en la forma de ley si fuera el caso de una persona sordomuda.

El segundo párrafo del artículo analizado establece la excepción: de personas menores de edad o que invoquen los testigos citados motivos fundados para no declarar.

Aunque hayan sido ofrecidos como testigos, el juez puede no admitir la declaración de menores de edad, sobre todo si tienen parentesco con las partes del proceso. También puede aceptar la negativa a declarar que formulen los parientes de las partes cuando invoquen motivos fundados para hacerlo, como la violencia moral a la que se verán sometidos al tener la obligación de declarar la verdad, bajo pena de incurrir en el delito de falso testimonio<sup>14</sup>.

## V- CONSIDERACIONES FINALES:

En el hoy nos encontramos ante un Código de principios y valores, situación que exige en el intérprete abstraerse de estructuras rígidas y emprender una labor que le permita acceder a una respuesta que materialice los valores de justicia y humanidad<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Azpiri, ob. cit., p. 283.

<sup>14</sup> Azpiri, ob. Cit., p. 283.

<sup>15</sup> Iglesias Mariana B.- Krasnow Adriana Noemi. Derecho de familias y las sucesiones. 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aries, La Ley, 2017, p. 9.

Los principios de oficiosidad, libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba, la legislación expresa de las cargas dinámicas probatorias y la admisión de los testigos menores, allegados y parientes del Código Civil y Comercial de la Nación, a pesar de ser cuestiones procesales de materia reservada por las provincias según nuestra Constitución Nacional, y no estar contempladas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y sus concordantes provinciales, refuerzan nuestro estado constitucional de derecho al asegurar la tutela judicial efectiva en los procesos de familias, el cumplimiento de las metas del programa “Justicia 2020” y refleja la imperiosa necesidad de adaptación de las normas procesales de los Códigos Rituales de la República. Proponiéndose que por ser una materia con principios rectores propios se legisle en un especializado Código Procesal de Familias Nacional y Provinciales.