

**XXIX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL**  
TERMAS DE RÍO HONDO, SANTIAGO DEL ESTERO, ARGENTINA  
14, 15 Y 16 DE SEPTIEMBRE DE 2017

**PONENCIA GENERAL COMISIÓN CIVIL SOBRE:**

“INCIDENCIA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL EN LOS CÓDIGOS  
PROCESALES CIVILES Y COMERCIALES DE LA REPÚBLICA”

SUMARIO: 1) *La constitucionalización del Derecho Privado y del Derecho Procesal. Una nueva concepción sobre el rol del juez.* 2) *Motivos y finalidad de la inclusión de normas procesales en la ley sustancial.* 3) *Enunciación de las normas procesales incluidas en el Código Civil y Comercial de la Nación. Denominador común.* 4) *Principales efectos procesales del CCyC: a) Procesos de familia, b) Procesos relativos a la función preventiva y resarcitoria de daños.* 5) *Conclusiones.*

**1) La constitucionalización del Derecho Privado y del Derecho Procesal. Una nueva concepción sobre el rol del juez.**

En la presentación del Código Civil y Comercial de la Nación se destacó que el texto consagraba una comunicabilidad de principios entre lo público y lo privado en casi todos los temas centrales. Se señaló allí que, por primera vez, se establecía en la ley sustancial una conexión entre la Constitución y el Derecho Privado, basada en los aportes de la doctrina y la jurisprudencia en este tema. Como se verá, la constitucionalización del derecho conduce necesariamente a la unificación del derecho pues establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado.

El código de Vélez Sarsfield se creó al calor de una concepción de Estado de Derecho-Legal acorde a los postulados filosóficos y políticos de aquel tiempo, en el que existía una clara identificación entre la Ley y el Derecho, propia de las corrientes teórico-metodológicas del Positivismo jurídico. Conforme esa concepción, el Derecho sólo era aquello que se desprendía de la ley (en sentido formal) y el rol del juez se reducía a ser la boca de la ley. El Código Civil y Comercial de la Nación, respondiendo a la concepción iusfilosófica propia de su tiempo, adopta una óptica Principalista o del llamado “método de la razón práctico-prudencial”<sup>1</sup> caracterizado por la pluralidad de fuentes. En este sentido, es un Código creado bajo el paradigma del “Estado de Derecho Constitucional” en el cual el derecho no se limita a identificarse en el binomio “Derecho-Ley”, sino que apela a la complejidad de fuentes pretendiendo proporcionar elementos que

---

<sup>1</sup> CABANILLAS-RABBI BALDI, Renato, Título Preliminar – en RIVERA, Julio César – MEDINA, Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*.

contribuyan al logro de la seguridad jurídica y de la justicia, a través de la actuación conjunta de reglas, principios y valores (art. 1 y 2 CCC)<sup>2</sup>. Esto significa que el Derecho no es sólo aquello que se desprende de lo estrictamente legal, sino que incluye principios y valores jurídicos otorgándose igual jerarquía a todas estas fuentes. Así vemos que el Título Preliminar contiene un primer capítulo titulado "Derecho" y el siguiente, que lleva el nombre "Ley".

De este modo también varía el rol del Juez en este nuevo esquema, pues la norma deja de ser un modelo acabado que se trasplanta a la realidad. La norma es una propuesta del legislador, cuyos contenidos tienen que ser acabados o completados por el juzgador cuando la aplica a un caso concreto, "la coherencia es *a posteriori*, no legislativa, sino judicial"<sup>3</sup>. De allí que el nuevo Código contenga numerosas instituciones en las que se confieren potestades al magistrado a los fines de la interpretación y aplicación de la ley y como sujeto que tiene a su cargo asegurar la operatividad del derecho sustancial.

Esa nueva manera de concebir el Derecho genera una relación ineludible de la norma codificada con la Constitución y los tratados internacionales, otras leyes aplicables, jurisprudencia, usos y costumbre, de modo que quien aplica la ley debe interpretar el conjunto normativo y explicitar fundadamente como llega a la solución del caso en análisis. También, en cuanto al rol del juez, se deja definitivamente de lado el modelo de juez árbitro, propio del sistema adversarial, y se lo sustituye por el denominado activismo judicial.

En efecto, los tres primeros artículos del título preliminar del Código Civil y Comercial sientan las bases de la incidencia del nuevo Código en materia procesal. El art. 1 consagra el sistema de fuentes y establece pautas de interpretación normativa, debiendo entenderse que la ley sustancial debe interpretarse conforme con la Constitución Nacional y los tratados en que la República sea parte, en concordancia con lo dispuesto por los arts. 31 y 75

---

2 BRAMUZZI, Guillermo Carlos, "Nuevo Código Civil y Comercial. Nuevos paradigmas", 3 de Junio de 2016, [www.saij.gob.ar](http://www.saij.gob.ar), SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA, Id SAIJ: DACF160334.

3 LORENZETTI, Ricardo Luis – "La vigencia de un nuevo Código" – LL, 3/8/2015, 1, LL 2015-D821, AR/DOC/2559/2015..

inc. 22 de la Constitución Nacional. El art. 2 alude también a la necesaria coherencia de todo el ordenamiento, adoptando una visión sistémica del Derecho y el art. 3 pone la mira en el deber del juez de resolver los asuntos sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada, lo que debe entenderse como fundamentación completa, coherente, no contradictoria y constringente en el análisis de las soluciones posibles dentro del ordenamiento jurídico.

Cabe recordar que todas las disposiciones de los tratados internacionales suscriptos por la Nación (de derechos humanos o no) resultan obligatorios y, por lo tanto, son aplicables al caso sometido a la decisión judicial. En ese sentido, son fuentes de derecho, pero además tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema. En efecto, los principios y valores que resultan de los tratados constituyen un criterio de interpretación de las normas legales. El Código Civil derogado atribuía un valor residual y subsidiario a los principios (art. 16 CC). El actual, en cambio, les atribuye ser criterio directo de interpretación de las normas legales<sup>4</sup>.

Conforme con esa visión, el Código Civil y Comercial de la Nación regula los institutos partiendo de la base de las nuevas garantías vinculadas al proceso, incorporadas por la reforma constitucional de 1994 en el art. 75 inc. 22 CN. Entre ellas, la más relevante por su incidencia en materia procesal, es la *garantía de la tutela judicial efectiva y oportuna*, aunque también debe destacarse la vigencia de una nueva concepción de la *garantía de igualdad o principio de la igualdad real*, que se hace cargo de las diferencias en las asignaciones previas y prevé la tutela de los vulnerables<sup>5</sup>. La inclusión normativa de las nuevas garantías lleva ínsita la concepción de que corresponde al Juez asegurar la efectividad del Derecho en su integridad, vale decir, garantizar la prestación de tutela judicial efectiva.

En efecto, en la actualidad se espera de los jueces una actividad que excede de la mera declaración del derecho, a la que estuvo limitado su rol

---

4 ALTERINI, Jorge (Director), *Código Civil y Comercial Comentado*, Ed. La Ley, 2016, p.

5 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Pautas para interpretar el Código" en Zannoni y otros, *Código Civil y Comercial. Concordado con el régimen derogado y referenciado con legislación vigente*, p. 7, Astrea, 2015.

desde la revolución francesa hasta el año 1945 (juicio de Nuremberg), en que se dejó de lado el positivismo jurídico, cuando se advirtió que un sistema jurídico podía ser absolutamente legal y, sin embargo, intrínsecamente injusto. Señala Perelman dicho acontecimiento como el punto de inflexión a partir del cual nació en el derecho continental europeo una nueva concepción sobre el rol del juez en la interpretación y aplicación del derecho<sup>6</sup>.

He destacado en anteriores trabajos que el maestro Eduardo Couture, en mi opinión, ha sentado en la doctrina rioplatense la base conceptual de la garantía de la tutela judicial efectiva en sus estudios sobre la función del proceso<sup>7</sup>. En su obra “Fundamentos del Derecho Procesal Civil” Couture destacó que el derecho procesal ya no podía ser concebido como el humilde servidor del derecho civil o del derecho comercial, sino como una rama autónoma del derecho, emplazada sobre la frontera de la Constitución, para asegurar la eficacia de los derechos del hombre en cuanto concierne a la justicia. Al aludir a la función del proceso destacó que tiene a la vez una finalidad privada y una pública. El fin del proceso civil es privado, en cuanto interesa a las propias partes hacer cesar su conflicto. Pero enfatizaba que, a la vez, el proceso cumple una función pública, que interesa a la comunidad, y “esa finalidad de carácter público consiste en asegurar la efectividad del derecho en su integridad”<sup>8</sup>. Aclaraba que el interés de la colectividad no precede al interés privado, sino que se halla en idéntico plano que éste.

Al desarrollar el concepto de “tutela del proceso” el autor destacó que siendo éste un instrumento de tutela del derecho, lo grave es que más de una vez el derecho sucumbe ante el proceso y el instrumento de tutela falla en su cometido, lo que ocurre por la desnaturalización práctica de los mismos principios que constituyen en su intención, una garantía de justicia.

---

<sup>6</sup> PERELMAN, Chaim, “La lógica jurídica y la nueva retórica”, Ed. Civitas, Madrid, 1979, p. 93 y sgtes y p. 179.

<sup>7</sup> DE LOS SANTOS, Mabel A., “Tutela efectiva y cargas probatorias dinámicas”, LL 8/9/2016, 1, LL 2016-E, 818, AR/DOC/2533/2016.

<sup>8</sup> COUTURE, Eduardo J., *Introducción al estudio del proceso civil*, Depalma, Buenos Aires, 1988, Segunda edición (que recoge la versión taquigráfica del curso dictado en la Facultad de Derecho de París en 1949), p. 56.

Couture cuestionaba así los excesos rituales que suelen derivar del olvido de la función pública del proceso, que consiste en asegurar la operatividad del derecho en su integridad. Para superar la desnaturalización del proceso, antes aludida, el autor proponía tener presente el principio de supremacía de la Constitución sobre la ley procesal, ideario hoy contenido en el concepto de constitucionalización del Derecho Procesal.

## **2) Motivos y finalidad de la inclusión de normas procesales en la ley sustancial.**

La incorporación de los tratados como fuente de derecho y, concretamente, de la garantía de la tutela judicial efectiva (consagrada por los arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos) hizo necesario que el legislador, al diseñar los institutos del derecho privado, prevea que, ante el incumplimiento de la ley sustancial, el sujeto afectado pueda recurrir a los tribunales y obtener en un plazo razonable la satisfacción de su derecho. En ese orden de ideas, la garantía de la tutela efectiva constituye también un mandato que obligó al legislador sustancial a establecer medios procesales idóneos para cumplir con dicha finalidad, máxime cuando en nuestro país el dictado de los códigos procesales corresponde a las provincias (conf. arts. 5 y 121 CN), lo que genera diversidad de regímenes procesales y torna imprescindible asegurar bases homogéneas para el buen funcionamiento de la normativa sustancial.

Cabe recordar que el derecho a la tutela jurisdiccional no sólo garantiza la igualdad de acceso a la Justicia, sino que se trata de un derecho a la efectiva protección del derecho material, del cual son deudores el legislador y el juez. En efecto, el legislador debe suministrar la normativa idónea que permita obtener una tutela judicial eficaz, pero también el juez debe aplicar e interpretar la normativa procesal de modo de asegurar la operatividad cabal del derecho sustancial. Como sostiene Alexy, los derechos a procedimientos judiciales y administrativos son esencialmente derechos a una “protección jurídica efectiva”, la que involucra que el proceso garantice “los derechos materiales del respectivo titular del derecho.”<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, ed. Palestra, Lima, 2007 p. 234, con cita de ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 472.

Conforme lo expuesto, la inclusión de normas procesales en un Código de fondo debe entenderse en el contexto de un país federal, donde las provincias se han reservado la organización de la justicia y el dictado de las normas procesales, lo que hace necesario dar homogeneidad a regulaciones procesales dispares. También da cuenta del carácter instrumental del proceso y de la necesidad de que su estructura resulte idónea para dar operatividad al derecho fondal.

Por otra parte, como es sabido, las normas relativas al proceso no se encuentran ubicadas exclusivamente en los Códigos procesales y en las leyes de organización y competencia de los órganos judiciales, sino que también las hay en los Códigos de fondo a los que se refiere el art. 67, inc. 11 CN y en diversas leyes nacionales. Aun cuando, de conformidad al sistema federal adoptado por la Constitución, la atribución de regular los procesos corresponde a las legislaturas provinciales, sus facultades para legislar en materia procesal deben ser entendidas sin perjuicio de las normas de ese carácter que puede dictar el Congreso a los fines de asegurar la efectividad del ejercicio de los derechos que consagra la legislación de fondo.

Por consiguiente, la inclusión de disposiciones procesales en el Código Civil y Comercial no debe entenderse como un avance sobre las autonomías provinciales pues el poder de las provincias no es absoluto y el Congreso Nacional cuenta con facultades para dictar normas procesales cuando sea pertinente asegurar la eficacia de las instituciones reguladas por los Códigos de fondo y evitar el riesgo de desnaturalizar instituciones propias del denominado derecho material. Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que: “ *si bien las provincias tienen la facultad constitucional de darse sus propias instituciones locales y, por ende, para legislar sobre procedimiento, ello es sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias que dicte el congreso cuando considere del caso prescribir formalidades especiales para el ejercicio de determinados derechos estableciéndolas en los códigos fundamentales que le incumbe dictar*” (Fallos 138:157; 136:154, entre otros)<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> DE LOS SANTOS, Mabel, “ Los procesos de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, Revista de Derecho Privado, Año II, nro. 6, Infojus, pág. 13.

### **3) Enunciación de las normas procesales incluidas en el Código Civil y Comercial de la Nación. Denominador común.**

1. Constitucionalización del derecho privado e interpretación de la ley. Incidencia en el rol del juez (arts. 1 y 2)
  2. Deber de los jueces de decidir los casos mediante sentencias razonablemente fundadas (art. 3).
  3. Legitimación y parte, prueba, sentencia (su registración y revisión), medidas de protección en la Sección dedicada a las "Restricciones a la capacidad" (arts. 33 y sig.).
  4. Tipo de proceso en cuestiones vinculadas al nombre de las personas (arts. 70 y 71).
  5. Competencia, procedimiento y sentencia en la regulación de la "Ausencia" (arts. 80 y sig.) y en la "Presunción de fallecimiento" (arts. 87 a 89).
  6. Competencia del Ministerio Público tutelar (art. 103).
  7. Apreciación y valor probatorio de los instrumentos particulares (arts. 317 y 319).
  8. Eficacia (apreciación) probatoria de la contabilidad comercial (art. 330), prueba pericial contable sobre los libros comerciales (lugar, arts. 325 y 331).
  9. Proceso de divorcio: requisitos de admisibilidad y procedimiento (arts. 437 y sig.).
  10. Carga de la prueba y medios probatorios en la recompensa por liquidación de la comunidad (art. 492).
  11. Medidas cautelares en el régimen de separación de bienes (art. 473) y medidas protectorias en la indivisión post-comunitaria (art. 483).
  12. Carga de la prueba en la liquidación de la comunidad (art. 492), en la propiedad de los bienes (art. 506).
  13. Medios de prueba de la unión convivencial (art. 512).
  14. Tipo de proceso (el "más breve") para encauzar el pedido de alimentos (alimentos provisorios, prueba, legitimados, recursos, efectos de la sentencia, medidas cautelares) (arts. 543 y sig.).
-

15. Régimen de comunicación, legitimados, oposición, procedimiento y medidas para asegurar su cumplimiento (arts. 555 y 557).
16. Proceso de "Declaración judicial del estado de adoptabilidad": admisibilidad y procedencia, legitimados, procedimiento, sentencia (arts. 607 y sig.).
17. Competencia, intervención del equipo técnico y sentencia del trámite de la "Guarda con fines de adopción" (arts. 612 a 614).
18. Proceso de adopción: competencia, requisito de admisibilidad, procedimiento, efecto de la sentencia (arts. 615 y sig.).
19. Procesos de familia: principios generales, participación en el proceso de niños, niñas, adolescentes y personas con discapacidad, acceso restringido al expediente, principios de la prueba, carga y testigos, (arts. 705/711), reglas de competencia (arts. 716 y sig.), medidas provisionales (arts. 721 y sig.).
20. Prueba de la existencia de las obligaciones (art. 727).
21. Prioridad del primer embargante en la Sección "Garantía común de los acreedores" (art. 745).
22. Límite máximo de las costas de los procesos judiciales o arbitrales para el cobro de obligaciones incumplidas (art. 730).
23. Gastos de defensa (costas) en la Sección "Responsabilidad por evicción" (art. 1047).
24. Proceso arbitral (como contrato) (arts. 1649 y sig.).
25. Prueba de los presupuestos de responsabilidad: "Prueba de los factores de atribución y de las eximentes" (carga de la prueba, prueba dinámica) y "Prueba de la relación de causalidad" (carga de la prueba), (arts. 1734 a 1736); "Prueba del daño" (art. 1744).
26. Medidas cautelares en la Sección "Títulos valores" (art. 1822); y competencia y procedimiento en las normas sobre "deterioro, sustracción, pérdida y destrucción de títulos valores o de sus registros" (art. 1863, párr. final); procedimiento para la oposición del rescate (art. 1875) y procedimiento y costas en la pérdida de registros en caso de títulos valores nominativos o no cartulares (art. 1878).
27. Sentencia y tipo de proceso en la prescripción adquisitiva. Medida cautelar de anotación de litis de oficio (art. 1905).

28. Sentencia, cosa juzgada en las acciones posesorias (arts. 2241 y 2242), prueba, conversión procesal, legitimación y procedimiento (arts. 2243 y sig.); admisibilidad, sentencia en las acciones reales y cosa juzgada (arts. 2249 y 2251).
29. Legitimación, prueba y sentencia en la acción de reivindicatoria (arts. 2255 y sig., y 2261); legitimación pasiva y prueba en las acciones negatoria y confesoria (arts. 2262 a 2265); legitimación activa y pasiva, prueba y sentencia en la acción de deslinde (arts. 2267 y 2268).
30. Proceso sucesorio: medidas urgentes (art. 2327); objeto, competencia y fuero de atracción (arts. 2335 y 2336); procedimiento en sucesión testamentaria e intestada (arts. 2339 y 2340); administración judicial de la sucesión (art. 2345 y sig.).
31. Disposiciones procesales relativas a la prescripción: vías procesales, oportunidad para oponerla, facultades del juez, admisibilidad (arts. 2551 y sig.).
32. Medidas provisionales y cautelares en la jurisdicción internacional (art. 2603); litispendencia (art. 2604); prórroga de jurisdicción (arts. 2605 y sig.).

La enunciación realizada no excluye los “efectos procesales” de otras normas, como sucede con el art. 1642 relativo a los efectos de la transacción, pues lo dispuesto por el Código Civil y Comercial requiere complementación interpretativa en las normas procesales locales.

Como resulta de las disposiciones procesales del nuevo Código Civil y Comercial, existen algunos denominadores comunes en su regulación. En primer lugar se destaca la **finalidad de asegurar tutela judicial efectiva**. Así lo establece expresamente el art. 706, que consagra como principio esencial del proceso de familia el de tutela judicial efectiva, pero también se colige de las previsiones legales relativas a las “medidas razonables para asegurar el cumplimiento” de la sentencia de alimentos (art. 553) y en materia de régimen de comunicación (art. 557); de la regulación de las medidas provisionales y cautelares en el proceso de divorcio y nulidad de matrimonio, aplicables analógicamente a las uniones convivenciales (arts. 721/723 CCyC). Similar finalidad tiene la anotación de litis de oficio (art.

1905), sin necesidad de acreditar ninguno de los presupuestos para la traba de cautelares y sin contracautela, con el claro objeto de asegurar la eficacia de la sentencia que se dicte y evitar actos elusivos reñidos con la buena fe o la eventual afectación de terceros adquirentes de buena fe.

Como derivación de la tutela judicial efectiva, que debe ser también oportuna, existen numerosas disposiciones vinculadas al **plazo razonable**: la que impone adoptar el trámite más breve que prevea la legislación local para tramitar el juicio de alimentos (art. 543) y hacer efectivo el derecho de comunicación (art. 555) o la que prohíbe la acumulación (objetiva) de otra pretensión con la de alimentos (art. 543) o la que preve expresamente la acumulación subjetiva de pretensiones contra otros obligados alimentarios concurrentes (art. 546) y faculta al demandado a su citación al proceso.

Cabe acotar que la tutela efectiva exige una **determinación verdadera de los hechos de la causa**.<sup>11</sup> En ese orden de ideas el Código Civil y Comercial consagra expresamente la potestad del juez de ordenar pruebas oficiosamente (art. 709), la que regula específicamente cuando está en juego el derecho a la identidad en materia de acciones de filiación, ámbito en el que se faculta al juez a disponer incluso la exhumación del cadáver en el marco de la filiación "post mortem", ante la imposibilidad o negativa de los progenitores naturales del presunto padre de suministrar material genético.

Por otra parte, el Código Civil y Comercial establece **pautas atributivas de competencia territorial** que deben ser recibidas por las regulaciones procesales locales, cuyo sentido debe hallarse en adoptar soluciones coherentes con los tratados internacionales y asegurar idénticas disposiciones en todo el país, evitando las dilaciones derivadas de conflictos de competencia. Se establece allí que cuando se trata de personas menores de edad o con capacidad restringida, la pauta atributiva de competencia territorial es el centro de vida (art. 716). La regla atributiva *forum personae* hace referencia al lugar en donde los menores viven efectivamente y representa un punto de conexión que contribuye a la inmediación. Ésta se profundiza y refina en la noción de "centro de vida",

---

<sup>11</sup> DE LOS SANTOS, Mabel, "El debido proceso ante los nuevos paradigmas", Revista La Ley, 9/4/2012, 1 - LA LEY 2012-B, 1062.

que hace suya el art. 3°, inc. f), de la ley 26.061, como una derivación concreta del mejor interés del niño.

En materia de divorcio y nulidad de matrimonio y las conexas se establece la competencia del juez del último domicilio conyugal o el del demandado a elección del actor, o el de cualquiera de los cónyuges si la presentación es conjunta, resolviendo el caso del concurso o quiebra de los cónyuges (art. 717). También se establecen pautas para los conflictos derivados de las uniones convivenciales (art. 718), para las acciones por alimentos o pensiones compensatorias entre cónyuges o convivientes (719), donde se facilita el acceso a la jurisdicción –primer peldaño de la tutela efectiva– al consagrar competencias múltiples a elección del actor en materia alimentaria y para la acción de filiación (art. 720).

Las disposiciones en materia de competencia territorial sientan bases uniformes que evitarán aporías interpretativas en materia de conflictos de competencia interjurisdiccionales.

#### **4) Principales disposiciones procesales del CCyC:**

##### **a) Procesos de familia:**

Destacaré como incidencia procesal más relevante la regulación específica que realiza el Código Civil y Comercial de la Nación de los procesos de familia en general, sin perjuicio de la regulación de diversos procesos especiales, como alimentos, divorcio, filiación, adopción y restricción a la capacidad. La minuciosa regulación procesal en la materia, en mi opinión, responde al orden público involucrado en estos procesos y a las garantías consagradas en tratados internacionales que imponen al legislador establecer las condiciones de trámite para asegurar una tutela judicial efectiva.

El artículo 706 destaca especialmente los siguientes principios regulatorios de los procesos de familia: tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. Asimismo, señala que las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables y la resolución pacífica de los conflictos. Se establece que los jueces deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario. Finalmente, el texto indica que las

decisiones que involucren a niños, niñas o adolescentes deben estar presididas por la consideración del interés superior de estas personas<sup>12</sup>.

Dichas disposiciones han sido interpretadas en el Código Procesal Modelo para la Justicia de Familia que elaboramos Aída Kemelmajer de Carlucci, María de los Ángeles B. de Burundarena, Marisa Herrera y esta autora a pedido del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Se trata de un código procesal que regula en todos sus aspectos el trámite del proceso de familia, pensado para la Ciudad de Buenos Aires y, por consiguiente, adecuado a la legislación local vigente, pero que pretende servir también de modelo para la necesaria compatibilización de los textos procesales provinciales con el régimen que establece el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN).<sup>13</sup> Se decidió proyectar un cuerpo normativo orgánico, sin las habituales remisiones que contienen las leyes de proceso de familia o las normas especiales dictadas para la materia, insertas en algunos códigos procesales civiles, que reenvían “en lo pertinente” al proceso civil. La decisión obedeció a que se trata de un sistema procesal regido por nuevos principios y reglas, aunque también tuvo incidencia la no disponibilidad de un código procesal civil general en la legislación de la Ciudad, compatible con tales principios y reglas. Conforme tales premisas, el proyecto de código fue pensado como un sistema procesal coherente y estratégicamente direccionado hacia los propósitos interdisciplinarios que involucra la resolución de los delicados conflictos familiares.

El Código Procesal Modelo para la Justicia de Familia (en lo sucesivo “CPMF”) consta de un Título Preliminar y tres Libros. El Título Preliminar enuncia los principios y el sistema procesal adoptado para el trámite de las cuestiones de familia siguiendo el sistema del Código Civil y Comercial de la Nación.<sup>14</sup> Estos principios constituyen, a su vez, la base para la construcción

---

<sup>12</sup> DE LOS SANTOS, Mabel, “Los procesos de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista de Derecho Privado*, Año II, nro. 6, Infojus, pág. 13.

<sup>13</sup> DE LOS SANTOS, Mabel, “Cuestiones procesales a la luz del Código Procesal Modelo de Familia (que responde al nuevo Código Civil y Comercial)”, *Suplemento Especial La Ley, Código Civil y Comercial de la Nación, Familia 2014* (diciembre), 04/12/2014, 125, Cita Online: AR/DOC/4394/2014.

<sup>14</sup> DE LOS SANTOS, Mabel, “Los procesos de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, en *Revista de Derecho Privado*, Año II, nro. 6, Infojus, pág. 13.

de las normas específicas, pero su inclusión en el libro preliminar opera como conjunto de pautas para la aplicación, interpretación y suplencia, dentro de una lógica de suficiencia normativa.

El Libro I, titulado Parte General, regula los institutos procesales aplicables a todo proceso de familia, adoptando el sistema de proceso por audiencias<sup>15</sup>, sobre la base de juzgados unipersonales, con doble instancia colegiada y especializada. Se incorporaron modernos institutos como la reconducción de postulaciones, la flexibilización de la congruencia bajo determinadas condiciones, la tutela jurisdiccional anticipada, la ejecución provisoria de las sentencias, entre otras destinadas a asegurar tutela efectiva en tiempo útil.

El Libro II o Parte Especial regula la etapa previa ante un consejero de familia y establece el trámite de tres tipos de proceso: ordinario, extraordinario y urgente, siguiendo la moderna tendencia de que sea el juez quien determine el trámite aplicable a cada asunto<sup>16</sup>, excepto en el caso de los procesos especiales regulados en el Libro III. A tal fin el juez es quien resuelve, por decisión inapelable, la vía por la que tramitará el proceso dentro de alguno de los tres tipos previstos y puede aún adaptar el trámite mediante resolución fundada durante su transcurso. También se prevé expresamente dicha adaptación en materia de procesos urgentes, incorporando lo que Morello<sup>17</sup> denominó “cláusula llave” y que permite al tribunal adaptar fases sobre la marcha del trámite -de oficio, pero respetando siempre la bilateralidad y paridad de trato-, de manera que su desarrollo sea funcional y guiado por criterios finalistas y pragmáticos, gobernados por la intermediación.

---

15 El Código Modelo de Proceso Civil para Iberoamérica, elaborado por el Instituto iberoamericano de Derecho Procesal y aprobado en las XI Jornadas de 1988 en Río de Janeiro, Brasil, adopta el proceso por audiencias para el proceso civil y de familia, en el que la etapa de postulación se realiza por escrito, la probatoria se desarrolla a través de dos audiencias (preliminar y de prueba) y se vuelve a la escritura para las etapas decisoria y recursiva. Ver al respecto DE LOS SANTOS, Mabel, “El Código Modelo y su influencia en la República Argentina” en J.A. 2004-III-890.

16 CADIET, Loïc, “Las nuevas tendencias del procedimiento civil en Francia”, en la obra colectiva dirigida por OTEIZA, Eduardo, *Reforma procesal civil*, Rubinzal Culzoni, 2010, p. 108.

17 MORELLO, Augusto M., “Qué entendemos, en el presente, por tutelas diferenciadas”, pp. 15-19, en Revista Argentina de Derecho Procesal, *Tutelas diferenciadas I*, 2008-2, Rubinzal Culzoni, 2008.

El Libro III está dedicado a los procesos especiales (autorizaciones judiciales, alimentos, divorcio, filiación, sistema de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes, adopción, violencia familiar, restitución internacional de menores y restricción a la capacidad e incapacidad e información sumaria), los que siguen rigurosamente la normativa relativa a las Relaciones de Familia del Código Civil y Comercial de la Nación.

Se trata de un sistema procesal con un fuerte activismo judicial en cuanto hace a la conducción del proceso, a la determinación de la verdad de los hechos, la tutela de los vulnerables y la ejecución de los mandatos judiciales, que es aplicable a todas las cuestiones de familia. Dicho activismo se acentúa en materia extra-patrimonial, en tanto se consagra allí el impulso oficioso del proceso y la disposición, también oficiosa, de medidas provisionales, conforme los lineamientos establecidos por el Código Civil y Comercial de la Nación.

El CPMF enuncia como principio de interpretación y aplicación de las normas procesales que *“La finalidad del proceso de familia es la efectiva operatividad de las normas del derecho sustancial”* (art. 1 CPMF) e impone: *“...respetar el debido proceso y, en especial, asegurar la tutela judicial efectiva de los derechos”* (art. 2 CPMF). Se consagran también los principios de buena fe, oficiosidad, oralidad, intermediación y acceso limitado al expediente, en consonancia con las pautas sentadas por el Código Civil y Comercial de la Nación (art. 706 CCCN) y el deber del juez de procurar la resolución consensuada de los conflictos a través de la conciliación, la transacción, la mediación y toda otra vía de solución no contenciosa (art. 6 CPMF). Se establece como regla general la de procurar soluciones consensuadas de los conflictos, a cuyo fin se ha establecido la etapa previa ante un consejero de familia (art. 450 CPMF), sin perjuicio de contemplar también la conciliación ante el juez, tanto en la audiencia preliminar como en la de prueba (arts. 500 y 504 CPMF).

El art. 5 CPMF destaca como principio hermenéutico en todo proceso en que estén involucrados niños, niñas o adolescentes, tomar en cuenta el interés superior de esas personas, consagrado en el art. 3 de la Convención sobre Derechos del Niño, en concordancia con lo dispuesto por el art. 706 CCC. Se establece asimismo la especialización necesaria de los jueces de

familia y la integración multidisciplinaria de los juzgados a su cargo (art. 4 CPMF). Se ha complementado la oralidad de los llamados “procesos por audiencia” (Título III, arts. 470/513 CPMF), con la filmación de la audiencia de prueba y aún de las entrevistas del juez con menores y personas con restricciones a la capacidad (art. 115 CPMF).

Rige en el CPMF el principio de acceso limitado al expediente a las partes, sus representantes y letrados y a los auxiliares designados, disposición que requiere de un adecuado sistema informático que prevea la inclusión de los archivos fílmicos y los debidos resguardos para preservar la intimidad de los involucrados (art. 11 CPMF). Asimismo, de conformidad con la Opinión Consultiva n° 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se estructura el proceso en dos instancias: una primera instancia unipersonal y la segunda instancia revisora, que debe ser colegiada. En materia de recursos el Código Procesal Modelo adopta la regla del trámite diferido para las apelaciones contra las decisiones dictadas por el juez en la audiencia preliminar con el objeto de evitar dilaciones y por su mayor compatibilidad con el proceso por audiencias. Con el objeto de propender a la mayor celeridad, también se incorpora la reposición “*in extremis*” o excepcional.

En materia probatoria se recibe la regla del art. 710 del Código Civil y Comercial de la Nación relativa a la distribución de la carga probatoria conforme el principio de facilidad probatoria. Así el art. 151 del CPMF establece, bajo la denominación de “*Principio de colaboración*” que “*Las partes tienen el deber de prestar colaboración para la efectiva y adecuada producción de la prueba. Cualquier incumplimiento injustificado de este deber genera una presunción en su contra, sin perjuicio de lo previsto respecto de cada medio probatorio...La carga de la prueba pesa sobre quien está en mejores condiciones de probar*”. Al regular la distribución de la carga probatoria como una derivación del deber de colaboración, la falta de prueba de un hecho esencial no implica que se deba decidir contra quien, a criterio del juez, se hallaba en mejores condiciones de acreditar el hecho, sino que constituye una mera presunción en su contra. Ello permite al juez apreciar conforme la sana crítica las consecuencias de la omisiones o deficiencias probatorias, conforme lo estableciera el art. 133 del Proyecto Couture, y

compatibiliza razonablemente la regla de distribución de la carga probatoria con la aplicación de la sana crítica no sólo en la valoración de la prueba sino también respecto de todos los elementos de la causa, entre los que se encuentra el análisis de las dificultades probatorias<sup>18</sup>.

El texto proyectado constituye una aplicación e interpretación de las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación para los procesos de familia, ámbito en el que la ley sustancial ha incluido la mayor cantidad de normas de naturaleza procesal.

#### **b) Procesos relativos a la función preventiva y resarcitoria de daños.**

Uno de los caracteres salientes del nuevo Código en materia de responsabilidad civil es su regulación como un sistema que admite tres funciones (art. 1078): a) *la función preventiva* (arts. 1710 y ss), b) *la disuasiva* (art. 1715) –que el anteproyecto regulaba ampliamente, mediante la previsión de sanciones pecuniarias disuasivas para quien actúe con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva, y que ha quedado prácticamente eliminada en el texto finalmente sancionado– y c) *la función resarcitoria* (arts. 1716 y ss). Se trata de un diseño novedoso dentro del derecho comparado<sup>19</sup>, aunque existen elaboraciones internacionales que contemplan la función preventiva en la contratación<sup>20</sup>.

Analizaremos la función preventiva de daños regulada bajo la denominación de “**acción preventiva**” en el CCyC. Al respecto corresponde precisar que las acciones preventivas son de dos tipos: a) *inhibitorias* si aún no se ha realizado el acto contrario a derecho o b) *de remoción del ilícito*, si éste ya se ha practicado, haya causado o no daño. La tutela inhibitoria tiene por fin impedir la violación de un derecho, prohibiendo la práctica de actos ilícitos, su repetición o continuación. Para comprender su naturaleza es necesario distinguir el acto ilícito del daño. Estos conceptos han sido asociados de tal modo que llevó a suponer que un acto contrario a

---

18 DE LOS SANTOS, Mabel A., “Las cargas probatorias dinámicas en el Proyecto de Código Civil y Comercial” en PEYRANO y otros, *Nuevas herramientas procesales*, Rubinzal Culzoni, 2013, pág. 375 y sgtes.

19 V. Presentación del proyecto elaborado por la Comisión creada por Decreto 191/11, integrada por los Dres. Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci.

20 ALTERINI, Jorge H. (Director), *Código Civil y Comercial Comentado, Tratado exegético*, Ed. La Ley, 2015, T. VIII, p. 16.

derecho que no cause daño carece de significación<sup>21</sup>. Es presupuesto de la tutela inhibitoria que exista amenaza de la práctica de un acto contrario a derecho. Por ello se sostiene que el derecho a la tutela inhibitoria no requiere ni siquiera afirmación de probabilidad de daño, bastando la alegación de amenaza de violación del derecho, de modo que el juez no puede negar la tutela inhibitoria por falta de probabilidad de daño<sup>22</sup>. Son ejemplos de tutelas inhibitorias las órdenes de restricción en materia de violencia familiar, la prohibición de difundir fotografías que afectan el derecho a la imagen de menores o la intimidad y la suspensión de asambleas sociales mal convocadas.

La tutela de remoción del ilícito, por su parte, es posterior a la práctica del acto contrario a derecho; no inhibe el ilícito sino que se dirige contra éste, independientemente de que haya provocado o no daño. Constituyen tutelas de remoción del ilícito el retiro de un producto nocivo para la salud del consumidor, la restitución de menores trasladados o retenidos en violación de un derecho de guarda o custodia en un lugar distinto al de su residencia habitual<sup>23</sup>, la exclusión del hogar del violento y la suspensión de una actividad contaminante.

El Código Civil y Comercial de la Nación establece en los arts. 1710 a 1713 el concepto y alcances del deber de prevención (1710), que la acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento, no siendo exigible la concurrencia de ningún factor de atribución (1711), la legitimación para reclamar a quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño (art. 1712) y el contenido, pautas de ponderación y alcances de la sentencia (1713). En efecto, el art. 1713 permite al juez disponer a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer y establece que el judicante debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la

---

21 MARINONI, Luiz, *Tutelas urgentes...*, cit., p. 55.

22 MARINONI, Luiz, *Tutelas urgentes...* cit., p. 56.

23 DE LOS SANTOS, Mabel, "Aspectos procesales de la restitución internacional de menores", en *Derecho Moderno, Liber Amicorum* M.M. Córdoba, Rubinzal Culzoni, 2013, T. I, p. 529.

obtención de la finalidad. De lo expuesto se colige que la acción preventiva regulada en el Código Civil y Comercial nada tiene que ver con la función preventiva indirecta que se asigna a la acción mere declarativa que regula el art. 322 del CPCC. Tampoco con la función preventiva de daños derivados del proceso que cumplen las medidas cautelares clásicas y las medidas de tutela anticipada, que operan para evitar el daño causado por el tiempo que insume el trámite normal del proceso<sup>24</sup>.

En mi opinión las vías procesales para deducir la acción preventiva son: a) el juicio ordinario, cuando no existe urgencia y la cuestión exige mayor debate y prueba, b) el juicio sumarísimo (o plenario abreviado) o su sustituto en materia de procesos por audiencias: el proceso por audiencias extraordinario, c) el amparo, d) el hábeas data o e) el proceso urgente (llamado autosatisfactivo). Este último puede adoptar la estructura del proceso monitorio, sin perjuicio de la conveniencia de incluir lo que Morello<sup>25</sup> denominó “cláusula llave” y que permite al tribunal adaptar fases sobre la marcha del trámite, conforme el texto proyectado por Morello y Arazi.<sup>26</sup>

En cuanto a la **función resarcitoria** de daños, lo destacable en materia procesal es que se ha regulado la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, creación doctrinaria y jurisprudencial que favorece soluciones compatibles con la sana crítica y el establecimiento de la verdad material en procesos en los que están en juego el derecho fundamental a la reparación del daño injustamente sufrido, emplazado por la Corte Suprema de Justicia en numerosos fallos, como un derecho constitucional que tiene fundamento en el principio “*naeminem laedere*” del art. 19 de la Constitución Nacional.<sup>27</sup> También se ha entendido que el derecho fundamental a la reparación surge

---

24 DE LOS SANTOS, Mabel A., “Vías procesales para deducir la pretensión preventiva”, en Peyrano y otros, *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal Culzoni, 2016, pág. 199 y sgtes.

25 MORELLO, Augusto M., “Qué entendemos, en el presente, por tutelas diferenciadas”, pp. 15-19, en Revista Argentina de Derecho Procesal, *Tutelas diferenciadas I*, 2008-2, Rubinzal Culzoni, 2008.-

26 MORELLO, Augusto y ARAZI, Roland, “Procesos urgentes”, JA 2005-I, pp. 1348-1352.

27 DE LOS SANTOS, Mabel, “Base jurisprudencial para la cuantificación del daño”, Revista La Ley del 29/8/2012, con cita de causas “*Santa Coloma*”, Fallos, 308:1160, “*Ghunter*”, Fallos 308:1118; “*Luján*”, Fallos 308:1109 y “*Aquino*”, Fallos 327:3753.

de lo establecido en el art. 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que se encuentra entre los derechos no enumerados en nuestra Constitución, pero incluido en el art. 33 de la Carta Magna.<sup>28</sup>

En el marco de estos procesos civiles, en los que el interés público comprometido radica esencialmente en asegurar la tutela efectiva de los derechos involucrados, la aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas resulta un instrumento idóneo a ese fin, pues hace pesar los efectos desfavorables de la falta de prueba sobre quien se encuentra en mejor posición para aportarla, igualando a quien se encuentra en inferioridad de condiciones respecto de su adversario y permitiendo el dictado de sentencias adecuadas al caso. Asimismo, la existencia de “cargas dinámicas” consagra el principio de colaboración de las partes en el aporte de la prueba, implícito en el art. 1735 del mismo cuerpo legal respecto de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, que son los extremos que plantean dificultades probatorias.

Si bien la regulación del instituto en el art. 1735 consagra una adecuada excepción a la regla general de distribución de la carga probatoria respecto de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, que resulta coherente con el sistema de reparación plena de las víctimas. Sin embargo, incurre en el error de poner énfasis en la denominada “carga subjetiva”, cuando lo que se desplaza por la doctrina de las “cargas dinámicas” es, en rigor, la apreciación de las deficiencias probatorias y de sus consecuencias. También el texto resulta contradictorio en tanto establece el “deber” del juez de comunicar la aplicación de las cargas dinámicas, supeditado a “si lo considera procedente”, de modo que no queda claro si es una mera potestad o un deber.

Por lo expuesto, considero conveniente sustituir el texto que regula la doctrina de las cargas probatorias dinámicas en el Código Civil y Comercial de la Nación por el siguiente, que pone el acento en el desplazamiento de las consecuencias de la falta de prueba, a saber: “Art. 1735. *Facultades judiciales. No obstante la distribución de la carga de la prueba establecida*

---

28 LAPLACETTE, Carlos José “Derecho constitucional a la reparación de daños”, Revista La Ley del 27/9/2012, con cita de PUCCINELLI, Oscar Raúl, “Derecho constitucional a la reparación”, ED 167-969.

*en el artículo anterior, el juez podrá valorar conforme la sana crítica las deficiencias u omisiones probatorias relativas a la acreditación de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, teniendo en cuenta quien se hallaba en mejores condiciones de aportarla*<sup>29</sup>.

#### **5) Conclusiones:**

El Código Civil y Comercial de la Nación, al reformar íntegramente el derecho privado para adaptarlo al nuevo bloque de constitucionalidad, hace imprescindible el dictado de nuevos códigos procesales que respondan a las exigencias del derecho sustancial, constitucional e infraconstitucional.

Se han analizado precedentemente algunos tópicos que requieren atención y debate de la doctrina procesal a los fines de consagrar soluciones que respondan a las exigencias de este tiempo. No obstante, los nuevos regímenes procesales deben incluir también la oralidad del proceso por audiencias con auxilio de las nuevas tecnologías y los nuevos institutos creados por la jurisprudencia y la doctrina para asegurar tutela judicial efectiva. Se trata de novedosas técnicas procesales destinadas a ese fin, tales como la reconducción de postulaciones, la adaptabilidad de las formas procesales, la iniciativa probatoria del juez, el deber de colaboración de las partes, la flexibilización de la congruencia, la ejecución provisoria, las medidas conminatorias pecuniarias y no pecuniarias y la tutela anticipada como instituto diferenciado del régimen cautelar.-----

MDS.-

---

29 DE LOS SANTOS, Mabel A., “Las cargas probatorias dinámicas en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Revista La Ley 21/12/2016, 1, AR/DOC/3752/2016.