

TOPOGRAFÍA ELEMENTAL DE LOS PROCESOS DE FAMILIA

HERNÁN PAGÉS*

La ajetreada labor de nuestros claustros no ha sabido dar cabida a la enseñanza sistematizada de los llamados procesos de familia. Pese a que la realidad social nos ha dado sobradas muestras de la relevancia que en los últimos 15 años han adquirido los conflictos familiares que reclaman un remedio jurisdiccional, los programas de estudio de las carreras de Abogacía que se cursan en las universidades parecieran obstinarse en darle la espalda a esta temática, tal vez más por descuido que por propósito. Sucede que tanto en los cursos de Derecho Procesal Civil como en los de Derecho de Familia, por la complejidad y amplitud de los objetos de estudio, se tiende a postergar el análisis de los procesos de familia en la confianza recíproca de que el alumnado tendrá oportunidad de estudiarlos al momento de cursar la otra materia; y así, se da una suerte de contienda negativa de competencias en la que los principales damnificados son los alumnos y, con ellos, la sociedad toda a la que, ya como abogados, estamos destinados a servir colaborando en la prestación del servicio de justicia.

El presente trabajo no pretende abarcar *in extenso* todas las aristas que la cuestión ofrece. Nuestro propósito es bastante más modesto y sólo aspira a ofrecer al estudiante un panorama sintético y clarificador de los diferentes procesos que tienen por objeto la resolución de pretensiones fundadas en el Derecho de Familia.

* Abogado UNBA – Secretario del Fuero Civil – Jefe de Trabajos Prácticos en Derecho Penal – UNBA.

Proceso de Familia o Procesos de Familia

Esta sutil diferenciación responde a la necesidad de señalar que puede hacerse un estudio sistemático de los juicios en que se debaten cuestiones de familia, encontrándose en ellos criterios comunes que permiten sostener la idea de que existe un "Proceso de Familia" con características propias, que lo hacen gozar de una incipiente autonomía científica.

Como particularidades, se suele señalar la acentuación de los poderes del juez¹, la intensificación de la función conciliadora², la colaboración interdisciplinaria³, la marcada necesidad del ejercicio de la inmediatez⁴, la gratuidad y el régimen especial en materia de costas⁵, entre otras.

No obstante lo expuesto, atendiendo a que aún no se ha preceptuado un ordenamiento procesal específico de la materia en la

¹ La marcada presencia del orden público en el Derecho de Familia hace que el proceso en que se encarrila este tipo de pretensiones no pueda ser ajeno a tal singularidad. Por ello, se admite que el juez de familia ejerza los poderes que el Código le acuerda con mayor celo, notándose una atenuación del carácter dispositivo del proceso civil tradicional.

² Lo que suelen presentar las partes en conflicto al tribunal muchas veces es más un "problema de familia" que una "pretensión procesal", poniéndose en juego la habilidad de los operadores de justicia (juez, peritos, terapeutas, abogados, asistentes sociales, etc.) para hallar el modo en que las partes involucradas logren puntos de contacto tendientes a superar los inconvenientes en aras de la armonía familiar. En esta tarea, la labor conciliadora del órgano jurisdiccional es primordial.

³ La visión especializada de otras profesiones (psicología, psiquiatría, medicina, sociología, trabajo social, etc.) o el conocimiento de ciertas técnicas (negociación, mediación, teatralización, etc.) brindan al tribunal valiosos aportes que permiten abordar con mayor capacidad de respuesta el conflicto familiar.

⁴ El contacto directo del juez con las partes toma relevancia en el proceso de familia debido al carácter particularmente personal y humano del conflicto al que es llamado a resolver; así como también, para servir a la conciliación y al trabajo interdisciplinario. No hay que olvidar que el magistrado cumple no sólo una función legal y procesal en este tipo de juicios, sino que también tiene que saber sacar provecho – en beneficio de la solución del problema familiar – del rol psicológico y social que puede ocupar según cuál sea su posicionamiento en el caso.

⁵ La regla es que los procesos de familia están exentos del pago de tasa de justicia (art. 13, inc. i, de la ley 23.898). La única excepción está dada por lo relativo a la liquidación de la sociedad conyugal, opere ésta por acuerdo de partes o por trámite judicial. Asimismo, la jurisprudencia y la doctrina han elaborado en materia de costas variados principios que tienden a proteger la situación de la parte más débil del conflicto (menores, alimentados, etc.), garantizándose de esta manera el acceso a la justicia.

jurisdicción nacional, rigen el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y las normas procedimentales establecidas por el Código Civil. Esto torna dificultosa la labor del abogado que pretende avanzar por la senda de la emancipación del proceso de familia respecto del proceso civil en general, ya que no sólo debe marchar por un terreno nuevo y poco transitado —haciéndose camino al andar— sino que debe enfrentarse con quienes se aferran a los criterios tradicionales que consideran a aquél un proceso civil más, sin ninguna particularidad específica.

Pasaremos ahora a describir los diferentes juicios en los que se resuelven pretensiones fundadas en derecho de familia.

El Juicio de Divorcio y de Separación Personal

Se trata del juicio de familia por antonomasia. En él se ejercita una pretensión orientada a una sentencia constitutiva⁶ que crea entre las partes involucradas un nuevo estado de familia (de divorciado o de separado).

La relevancia socio política que ha tenido la legislación acerca del divorcio vincular en la Argentina y las diferencias ideológicas que se han puesto de manifiesto en el debate previo a su sanción, nos dan cuenta de los motivos que han llevado al legislador a incorporar dentro del derecho de fondo normas de neto corte procesal. En efecto, iremos viendo a lo largo de este capítulo, cómo el Código Civil reglamenta cuestiones claramente instrumentales, estableciendo una suerte de excepción al principio de autonomía de las jurisdicciones locales que emerge de los arts. 5 y 75, inc. 12, de la Constitución Nacional.

I. Divorcio o separación personal por causales subjetivas⁷

Rige para estos procesos lo establecido por el art. 319 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en cuanto establece como prin-

⁶ COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Depalma, 1990, pág. 319 y sigs.

⁷ Las causales subjetivas de la separación personal están taxativamente determinadas en el art. 202 del Código Civil y son: 1) Adulterio; 2) La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos; 3) La instigación de un cónyuge al otro a cometer delitos; 4) Las injurias graves; 5) El abandono voluntario y malicioso. A estas mismas causales remite el art. 214, inc. 1, al establecer las que motivan el divorcio vincular.

cipio la tramitación por juicio ordinario. Según el art. 227 del Código Civil, será juez competente el del último domicilio conyugal efectivo o, a opción del actor, el del domicilio del cónyuge demandado. Esta norma se emplea también en los casos en que el divorcio sea promovido por ambos cónyuges, en presentación conjunta.

Tratándose de una acción tendiente a lograr el emplazamiento en un nuevo estado civil –acción de estado–, reviste el carácter de personalísima, por lo que no puede ser ejercida más que por los cónyuges. Se discute en doctrina si resulta suficiente el poder general judicial para representar en juicio al cónyuge que pretende divorciarse. El art. 1881 del Código Civil, en su taxativa enumeración, no establece la exigencia de poder especial para este tipo de procesos, por lo que no sería necesaria su presentación, bastando un poder general⁸. Sin embargo, no debe confundirse esta circunstancia con la específicamente prevista por el art. 236 del Código Civil, cuyo alcance será analizado más adelante.

Podríamos enunciar que la modalidad de tramitación del divorcio vincular o la separación personal no posee otras peculiaridades más que las que se relacionan con las cuestiones de fondo que en ellos se ventilan, algunas de las cuales analizaremos a continuación.

La admisión o reconocimiento de los hechos – condicionamiento de las normas de fondo

El art. 356, inc. 1, del Código Procesal nacional establece que el silencio, las respuestas evasivas o la negativa meramente general “podrán” ser estimadas por el juez como reconocimiento de la verdad de los hechos afirmados en la demanda. Por su parte, en el caso de los documentos, fija la norma que se los “tendrá” por reconocidos o recibidos según el caso. De todo ello se sigue que ante la incontestación de la demanda de divorcio o ante la contestación evasiva o genérica, como en cualquier otro proceso civil, el juez podría estimar la actitud del emplazado como un reconocimiento de la verdad de los hechos contenidos en la demanda. Pero sucede que en materia de divorcio por

⁸ KIELMANOVICH, Jorge L., *Procesos de Familia*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1998, pág. 152; allí se anota: CNCiv., Sala G, 26-III-92, Rep. JA, 1993-512, sum. 38; CNCiv., Sala F, 28-II-85, LL, 85-D-581, c. 5508), en contra: Maffía, Spota, Goldsein y Morduchowicz, citados por BELLUSCIO (*Derecho de Familia*, t. III, págs. 355-6).

causales subjetivas (art. 202, Código Civil) rige la previsión del art. 232 del Código de fondo que establece que “no será suficiente la prueba confesional ni el reconocimiento de los hechos”. De modo tal que ni siquiera el reconocimiento expreso que pudiere formular el demandado sería suficiente como para tener por adecuadamente probada la causal invocada.

Tal mandato legislativo ha sido heredado del sistema que prohibía el divorcio remedio⁹, admitiendo sólo la noción del divorcio sanción¹⁰. En aquellas épocas, la ley contaba con este tipo de resortes tendientes a evitar que los esposos construyeran un divorcio “acordado” por la vía del reconocimiento de alguna de las causales legales. En ese contexto, conservaba todo su sentido una norma como la analizada. En la actualidad, si bien posee vigencia, ha perdido virtualmente su razón de ser.

Idéntica motivación posee el art. 336 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en cuanto establece la prohibición de la demanda y contestación conjuntas para las acciones fundadas en derecho de familia. La *ratio* de la disposición la hallamos también aquí en la intención del legislador de evitar que los cónyuges arriben a un divorcio acordado, en contra de la voluntad de la ley.

Se deduce de lo expresado que en los procesos de divorcio o separación personal por causales subjetivas (art. 202) o por la objetiva del art. 203 del Código Civil, la admisión o el reconocimiento —tácito o expreso— por parte del accionado no le restaría su condición de juicio controvertido, siendo necesaria la actividad probatoria de las partes si se pretende el acogimiento de la pretensión.

Otro tanto ocurre en materia de allanamiento, siendo aplicable en su respecto idéntico criterio. Consecuentemente, no resulta suficiente el mismo en los supuestos de causales subjetivas (o la del art. 203).

⁹ Podemos llamar así al divorcio al que se llega como fruto de una decisión consensuada por los esposos, conscientes de que la convivencia se torna perjudicial para sus vidas y las de sus hijos —si los hay—. Viene a operar como un modo de disolver la comunidad de vida que el matrimonio estaba llamado a ser, a base de la propia voluntad de los esposos.

¹⁰ Divorcio como castigo para el cónyuge que incumplió sus deberes matrimoniales incurriendo en alguna de las causales legales.

La cuestión de las injurias graves vertidas en juicio

Sabido es que una de las causales subjetivas más comunes de separación personal o divorcio vincular es la de injurias graves. Si bien no es intención nuestra abordar el análisis de cuestiones propias del derecho de familia, debemos hacer un sintético estudio de esta causal para comprender la peculiaridad de la injuria vertida en juicio.

La jurisprudencia ha sostenido que las injurias graves que enuncia el art. 202, inc. 4, del Código Civil son toda especie de actos intencionales o no, ejecutados de palabra, por gestos, por escrito o por hechos, que constituyan una ofensa para el cónyuge, ataquen su honor, su reputación o su dignidad, hiriendo sus justas susceptibilidades¹¹. Se requiere que se evidencie una animosidad o *animus iniuriandi* que se configura cuando el cónyuge tiene conocimiento de su conducta antimatrimonial o de la de un tercero que él consiente, la que debe poseer una entidad tal que pueda ser tenida como determinante de la alteración de la paz conyugal. De ello se sigue que resulta injurioso todo comportamiento de uno de los esposos cuando importa un error de conducta de quien tiene o debe tener el convencimiento de la incompatibilidad de tal actitud con los deberes matrimoniales, afrentando al otro y violando, por ende, las obligaciones del matrimonio y la dignidad de la vida conyugal.

Ahora bien, la injuria vertida en juicio es aquella introducida de mala fe dentro del debate del proceso, con el claro propósito de ultrajar o difamar al otro cónyuge, excediendo las exigencias de la defensa. Se tiene particularmente en cuenta, como factor determinante de la injuria, que el cónyuge que introdujo la acusación difamatoria no haya intentado siquiera producir prueba al respecto. V.gr., si una de las partes, en los escritos constitutivos del proceso, acusa a la otra de poseer cierta frigidéz o desviación sexual y omite siquiera intentar probarla en la etapa pertinente, tal afirmación reúne las características propias de la injuria vertida en juicio.

¹¹ CCiv. 1^o Cap., 6/8/45, LL, 39-748, voto del Dr. Barraquero; CNCiv., Sala A, 8/5/79, LL, 1979-C-349; íd. Sala B, 9/11/78, JA, 1980-I-59; íd. Sala C, 9/4/76, LL, 1976-C-110; íd., íd., 10/10/85, JA, 1986-III-728; íd., Sala D, 15/7/71, LL, 151-641, 30.369-S; íd., Sala E, 28/4/61, JA, 1962-IV-134; íd., íd., 16/11/79, JA, 1980-II-28; íd. Sala F, 12/3/79, JA, 1979-III-231, citados en VIDAL TAQUINI, Carlos H., "Matrimonio Civil. Ley 23.515", pág. 382, entre otros

¿Cuál es el momento oportuno para invocar la injuria vertida en juicio?: se ha sostenido que, como para que se configure resulta necesario que el ofensor no haya siquiera intentado probar el hecho cuya invocación la genera, forzoso resulta admitir que sea introducida en los alegatos o, incluso, en la expresión de agravios ante la segunda instancia¹². Es decir, ya que para que exista injuria vertida en juicio debe evaluarse la conducta de la parte que la produjo a lo largo del proceso, se considera que no puede exigirse que sean invocadas sólo en la demanda y reconvencción, momento en que aún no puede estimarse como injurioso el acto, habiéndose admitido su introducción con posterioridad. Tal concepción, aunque la doctrina autoral y judicial la admite, no deja de ser cuestionable desde la perspectiva de los principios de preclusión y bilateralidad.

II. Separación personal o divorcio vincular por causal objetiva (arts. 204 y 214, inc. 2, del Código Civil)¹³

Nada indica para este tipo de procesos la posibilidad de un apartamiento de lo dispuesto para los juicios fundados en las causales subjetivas en lo que respecta a la tramitación por la vía ordinaria (conforme lo dispone el art. 319 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Sin embargo, no se aplica aquí lo que hemos visto precedentemente con relación a la insuficiencia de la confesión o el reconocimiento de parte para acoger la pretensión. En efecto, el artículo 232 del Código Civil antes citado, deja a salvo el juicio de divorcio o separación personal tramitado por las causales objetivas contempladas por los arts. 204 y 214, inc. 2, de lo que se sigue que en estos casos sí "será

¹² VIDAL TAQUINI, Ley 23.515, arts. 159 a 239 del CC, pág. 391; CNCiv., Sala K, "B. de R., M. C/ R., A.O. s/ ordinario" del 30/11/94, sumario ISIS 6045; CNCiv., Sala C, 29/11/78, LL, 1979-B-363, N° 77.113; CNCiv., Sala J, 18/2/99, B., S. M. c. L. C., A. G. s/divorcio ordinario", publicado juntamente con la sentencia de 1ª instancia en idéntico sentido, ED, 19/11/99.

¹³ La causal objetiva que más trascendencia ha tenido (en desmedro de la estipulada por el art. 203) es la que describen los arts. 204 y 214, inc. 2, del Código Civil. Dispone el art. 204: "podrá decretarse la separación personal, a petición de cualquiera de los cónyuges, cuando éstos hubieren interrumpido su cohabitación sin voluntad de unirse por un término mayor de dos años". Esta norma es aplicable al divorcio vincular, salvo en lo atinente al plazo que se fija en tres años, en virtud de lo previsto por el art. 214, inc. 2.

suficiente" la confesión o el reconocimiento que formularen los cónyuges para tener por acreditado el hecho constitutivo del que se derivará la consecuencia jurídica separación personal o divorcio vincular, según sea el caso. Es que por decisión de política legislativa, se ha querido contar con un mecanismo que permita al sistema reconocer la irreversible ruptura de la alianza conyugal dada en los hechos, erigiendo en causal —de divorcio o separación personal— la sola circunstancia de la separación sin voluntad de unirse por un período de dos o tres años.

De ello se sigue que los juicios encauzados por vía de estas causales objetivas admiten la posibilidad de la confesión por la parte demandada, o el reconocimiento de los hechos o el allanamiento. En tales casos, de no existir cuestión controvertida alguna por haber ambas partes reconocido el hecho de la separación, corresponderá la fijación de la audiencia del art. 360 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y, dentro de su marco, la declaración de que la cuestión será resuelta como de puro derecho. Sin embargo, es habitual en estos supuestos que directamente se dé intervención al Fiscal y, con la conformidad de éste, se dicte sentencia sin más trámite. Esta situación no resulta compatible con ninguna norma procesal, lo que no significa que no sea una costumbre judicial arraigada en muchos de los juzgados de familia de nuestro medio.

En lo tocante al allanamiento puro, sin reconocimiento de los hechos, corresponde señalar que tal actitud del demandado es interpretada por nuestros tribunales como un reconocimiento de los hechos contenidos en la demanda, admisible en materia de causal objetiva (arts. 204 y 214, inc. 2), y asimilada a la situación antes transcripta, procediéndose al dictado de sentencia sin más trámite, previa conformidad del Ministerio Público.

La superposición de causales subjetivas y objetivas

Los hechos que dan lugar a la declaración de divorcio o separación por causales subjetivas constituyen verdaderos ilícitos civiles (delitos civiles que, como se sabe, pueden o no coincidir con figuras penales), cuya atribución a un responsable nace de la culpa o del dolo, determinantes de la imputabilidad, de la que se deriva como sanción la obligación de la reparación del daño o perjuicio ocasionados. Las causales subjetivas poseen independencia operativa y no se compen-

san ni se subordinan unas a otras. De tal manera que la comisión de un hecho que se traduce en causal por parte de un cónyuge, no habilita en modo alguno la respuesta ilícita del otro. Si en el proceso ha mediado demanda y reconvención, comprobándose en la etapa probatoria la procedencia de las causales subjetivas (similares o no) invocadas tanto por la actora como por la demandada, corresponderá decretar el divorcio (o separación) por culpa de ambos esposos, no siendo factible pretender una “graduación” de la culpa de uno o de otro por hallarse tal posibilidad excluida del ordenamiento legal del matrimonio. Sin embargo, sin por ello apartarse de este principio, la jurisprudencia ha sabido atemperar este criterio en casos en que la actitud de uno de los esposos constituye una afrenta o provocación que justifica —dentro de los parámetros lógicos, que en cada caso habrá que analizar— la respuesta o reacción que por sí sola y fuera de contexto podría constituir una conducta disvaliosa, configurativa de una causal subjetiva¹⁴.

Hemos visto hasta aquí lo que sucede cuando se superponen causales subjetivas invocadas por uno u otro cónyuge. Ahora bien: ¿qué acontece cuando uno de los esposos invoca la causal objetiva de separación de hecho sin voluntad de unirse y el otro ha introducido una causal subjetiva? Ante la confluencia de una causal objetiva y otras subjetivas, en caso de ajustarse a derecho el planteo subjetivo, la sentencia no puede basarse en la cuestión objetiva sino que debe ser aquél el fundamento de la decisión¹⁵. Ello se desprende de una adecuada hermenéutica del art. 204 al que remite el art. 214, inc. 2, del Código Civil. En efecto: la segunda parte de esta disposición, al decir “si alguno de ellos (de los cónyuges) alega y prueba no haber dado causa a la separación, la sentencia dejará a salvo los derechos acordados al cónyuge inocente”, introduce la posibilidad de proteger la situación del cónyuge inocente ante un planteo de separación fundado en el hecho objetivo al que se refiere la primera parte del artículo. Como consecuencia lógica de ello, se deduce que la cuestión subjetiva introducida a mérito del párrafo transcripto, una vez alegada y debidamente pro-

¹⁴ Conf. CNCiv., Sala E, 5/6/85, ED, 116-504; CNCiv., Sala G, 15/8/1983; CNCiv., Sala F, 22/4/82, entre otros.

¹⁵ Conf. sumario ISIS 9673, Sala C *in re*, “V., L. A. c. V., M. C. s/Divorcio”, del 18/3/97.

bada, no puede dejar de prevalecer sobre la causal objetiva, pues si así fuera, carecería de sentido el texto de la norma¹⁶.

Por último, corresponde considerar cómo juega desde lo procesal el resorte previsto por el art. 204 del Código Civil, última parte, en cuanto habilita la posibilidad de dejar a salvo los derechos del cónyuge inocente en supuestos de separación o divorcio por causal objetiva. La norma alude a quien “alega y prueba no haber dado causa a la separación”, como destinatario de este beneficio. Ahora bien: ¿en qué marco procesal ha de “alegarse y probarse” no haber dado causa a la separación? Entendemos que no existe otra alternativa válida más que la vía reconvenzional. Es que lo contrario importaría exigirle a la demandada (como parte interesada en demostrar no haber dado causa a la separación) una prueba diabólica tendiente a verificar que, a lo largo de los años de convivencia entre las partes, no fue autora de ningún hecho que podría ser tomado como causante de la separación de los cónyuges. Tal probanza es, a la luz de los principios de la lógica, de imposible obtención. Es por tal razón que se sostiene que la única vía orientada a demostrar “no haber dado causa a la separación” es probar la culpa de la otra parte y, con tal objeto, ha de promoverse la reconvencción.

La presentación conjunta o demanda y contestación conjuntas en estos supuestos

Hemos visto que el sentido que motivaba la prohibición contenida por el art. 336 del Código Procesal estaba emparentado con la inadmisibilidad del divorcio remedio en nuestro sistema. En la actualidad, tal prohibición carece de sentido a la luz de lo preceptuado por el art. 236 del Código Civil, así como también en virtud de la aceptación de las causales objetivas. Como consecuencia de ello, podría decirse que la proscripción del art. 336 ha quedado virtualmente derogada. El Código Civil expresamente admite la presentación conjunta en la hipótesis del art. 215 y esto ha derivado en la posibilidad —ya indiscutida— de la presentación conjunta de la demanda de divorcio o separación personal por las causales objetivas de separación de

¹⁶ Conf. CAPPARELLI, Julio César, “La separación de hecho sin voluntad de unirse como causal de divorcio y la *reconventio-reconventionis*”, Diario de *El Derecho* del 19/8/97.

hecho. Conviene señalar, no obstante lo expuesto, que una autorizada doctrina ha sostenido que en los supuestos de los arts. 204 y 214, inc. 2, del Código Civil, no existe demanda y contestación conjuntas en los términos del art. 336 del Código Procesal por cuanto ésta presupone la existencia de un conflicto que estaría ausente en estos procesos¹⁷. Desde esta perspectiva, la presentación conjunta de las demandas fundadas en las causales objetivas no entraría bajo el ámbito de competencia del art. 336, CPCCN sino que sería una suerte de creación derivada de la previsión legal de los arts. 205 y 215 del Código Civil.

Lo cierto es que nuestros tribunales nos demuestran que existe una ingente cantidad de divorcios y separaciones que tramitan por una vía “especial”¹⁸. Ésta consiste en la presentación de ambos esposos, en demanda conjunta, manifestando que reconocen encontrarse separados de hecho sin voluntad de unirse desde hace más de dos o tres años y requiriendo al tribunal el dictado de la sentencia de separación personal o divorcio vincular fundada en lo dispuesto por los arts. 204 o 214, inc. 2, del Código Civil. Se admite, asimismo, que en tales demandas conjuntas los esposos pacten acuerdos de tenencia, alimentos y visitas respecto de sus hijos menores. La tramitación dada a estos juicios en nuestros tribunales es absolutamente atípica. Simplemente, suele correrseles vista al Fiscal y al Defensor Público de Menores (en caso de que hayan suscripto convenios que involucren intereses de los hijos menores) procediéndose luego al dictado de la sentencia sin más. Otros juzgados han optado por dar vista de la demanda conjunta al Fiscal y, luego de ello, declaran la cuestión como de puro derecho, pasando a dictar sentencia una vez firme tal declaración. Observamos que ante la ausencia de un procedimiento específico para estas tramitaciones carentes de controversia, la costumbre judicial ha creado sus propias dinámicas que no poseen tipificación normativa.

¹⁷ KIELMANOVICH, Jorge, *ob. cit.*, pág. 174.

¹⁸ Vale señalar que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, entre los códigos de asignación de carátulas que se gestionan en el Centro de Informática que de ella depende, ha incorporado un rubro denominado “Divorcio Art. 214 Inc. 2do. Código Civil – *Proceso Especial*”, destinado a los supuestos de presentación conjunta. Idéntica carátula pero con la leyenda “Proceso Ordinario” es la que se asigna a estos juicios si son iniciados por una sola parte.

Asimismo, algunos magistrados acostumbran fijar una audiencia antes de resolver, a fin de evaluar la equidad y conveniencia de acuerdos formulados y precisar el alcance de la decisión a adoptar. Dadas las consecuencias patrimoniales que la sentencia de separación personal o divorcio vincular acarrea en materia de liquidación de la sociedad conyugal¹⁹, suele utilizarse el marco de esa audiencia para clarificar este tipo de aspectos.

III. La separación personal y el divorcio vincular por presentación conjunta (arts. 205 y 215 del Código Civil)

Establecen los arts. 205 y 215 del Código Civil que una vez transcurridos dos o tres años respectivamente desde la celebración del matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta, podrán manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su separación personal o divorcio vincular conforme a lo dispuesto en el art. 236 del mismo cuerpo normativo.

Por su parte, el art. 236 del Código Civil dispone que tal demanda conjunta podrá contener acuerdos sobre la tenencia y el régimen de visitas de los hijos, la atribución del hogar conyugal, el régimen de alimentos para los cónyuges e hijos menores o incapaces y el modo de distribuir los bienes de la sociedad conyugal. El juez se encuentra facultado para objetar las estipulaciones que a su criterio "afectaren gravemente los intereses de una de las partes o el bienestar de los hijos".

El trámite a seguir en estos procesos ha sido reglado por el Código Civil, gozando de uniformidad en todo el territorio de la República. Presentada la demanda, el juez convoca a las partes a una audiencia a la que deben concurrir personalmente y exponerle las "causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común",

¹⁹ Un moderno plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (C. G. T. c. A. J. O. s/Liquidación de sociedad conyugal – del 29/9/99) ha virtualmente extendido los efectos del art. 1306 del Código Civil de manera retroactiva a la fecha en que los esposos se separaron de hecho. De modo tal que la manifestación de los cónyuges acerca de la fecha en que se produjo la separación puede acarrear graves consecuencias patrimoniales acerca de las cuales las partes y sus letrados no suelen estar debidamente alertados.

de las que no se deja constancia alguna en el acta. En tal oportunidad, el magistrado debe procurar conciliar a los esposos. Si la conciliación no fuere posible, el juez debe convocar a una nueva audiencia en un plazo no menor de dos meses ni mayor de tres, instando a las partes al avenimiento. A esa segunda audiencia también deberán concurrir los cónyuges personalmente o a través de apoderado con mandato especial, a fin de expresar si han arribado o no a una reconciliación. Si las partes expresan allí nuevamente su voluntad inicial, el juez debe decretar la separación personal o el divorcio vincular en tanto los motivos aducidos por los esposos sean "suficientemente graves". La sentencia debe limitarse a expresar que tales razones hacen moralmente imposible la vida en común, debiendo omitir mencionarlas.

Dado este panorama genérico de lo dispuesto en las normas del Código respecto del proceso en análisis, conviene formular algunas aclaraciones.

En el supuesto de que a la primera de las audiencias previstas por el art. 236 no compareciera alguna de las partes, el pedido no tendrá efecto alguno o, dicho en otras palabras, se las tendrá por desistidas de su pretensión. Tal criterio encuentra sustento en la indicación normativa que se transcribe seguidamente: "si los cónyuges no comparecieran personalmente, el pedido no tendrá efecto alguno". Vale mencionar que si existieran razones para justificar la inasistencia, no habría obstáculo alguno para admitir la fijación de una nueva audiencia a los mismos fines si así fuese solicitado por las partes.

Otro punto interesante es el suscitado con respecto a la posibilidad de desistir del proceso y las limitaciones al ejercicio de esa facultad. Las partes pueden hacerlo hasta la celebración de la segunda de las audiencias estipuladas por el art. 236. A partir de ese momento, en virtud de un plenario de fecha 30/8/1985²⁰, cesa la facultad de los esposos de formular válidamente un desistimiento unilateral del proceso. Respecto de las costas, tratándose el divorcio por presentación conjunta de un proceso de naturaleza contenciosa, deberán ser soportadas por la parte que formule el desistimiento en aplicación del principio del art. 73 del CPCCN.

²⁰ CNCiv., en pleno, 30/8/1985, LL, 1985-D-333. Destácase que este plenario modifica un criterio contrario sostenido plenariamente por la Cámara en autos "C. A. y M. M s/divorcio art. 67 bis - ley 2393" de fecha 31/3/1980.

En el infrecuente caso en que la sentencia no admitiera la separación personal o el divorcio en este tipo de juicios, debido a un criterio jurisprudencial plenario vigente desde el año 1972²¹ (vinculado al divorcio del antiguo art. 67 bis de la ley 2393, de trámite muy similar al actual art. 236), sería inapelable. Sin embargo, por no causar efectos de cosa juzgada, podrían los esposos plantear nuevamente idéntica pretensión ante el tribunal. Por razones de conexidad se asignaría la nueva causa al mismo juez que rechazó la demanda anterior, por lo que deberían las partes —a la hora de expresar en privado los motivos graves que hacen moralmente imposible la vida en común—, hacer referencia a circunstancias diferentes y de mayor entidad o seriedad que aquellas que ya fueron desestimadas como presupuesto de la sentencia en el proceso previo.

Por último, creemos interesante indicar que la vía del art. 236 puede (y suele) ser utilizada como mecanismo procesal de encauzamiento de una separación personal o divorcio vincular contradictorios (juicio ordinario). En efecto, en oportunidad de celebrarse alguna de las audiencias posibles del juicio ordinario (arts. 34, inc. 1, 360 o 36, inc. 2, ap. "a", del CPCCN), o de modo extrajudicial, las partes pueden acordar la transformación del proceso contencioso en uno por presentación conjunta, siendo de sana práctica la formación de un nuevo expediente que tramitará por separado²². No existiría óbice para que en la misma audiencia en la que se acordó la transformación, el juez recibiera la manifestación de los esposos en el sentido dispuesto en el art. 236, cumpliéndose entonces el primero de los actos estipulados en la norma. En estas hipótesis de transformación, lo que sucede con el proceso ordinario contradictorio es que las partes acuerdan su desistimiento, puesto que no podría continuar vigente y tramitar en paralelo con un juicio por presentación conjunta. Por ello, y a fines de evitar que una vez operado el desistimiento del contradictorio, alguna de las partes, unilateralmente, desistiera del proceso seguido por el art. 236, es que se ha admitido la posibilidad de condicionar el desistimiento del primero al dictado de la sentencia del se-

²¹ CNCiv. en pleno, 20/7/1972, JA, 15-1972-280.

²² De esta forma se garantiza que el nuevo juicio en los términos del art. 236 conserve la reserva de los hechos graves que hacen moralmente imposible la vida en común, los que, en gran medida, suelen ser materia de debate y prueba en los procesos contradictorios que tramitan por la vía ordinaria.

gundo²³. Si bien coincidimos con la conveniencia práctica de esta solución, destacamos que el Código Procesal no prevé la contingencia de sujetar el desistimiento a modalidad alguna.

IV. Separación personal en razón de alteraciones mentales, alcoholismo o drogadicción de uno de los cónyuges

Esta poco empleada causal se encuentra legislada en el art. 203 del Código Civil como determinante sólo de la separación personal. El divorcio vincular podrá obtenerse en estos casos una vez cumplidas las pautas del art. 238 del ordenamiento citado.

Por esta vía se habilita la separación personal fundada en la imposibilidad de continuar la vida en común con una persona aquejada por graves trastornos mentales, alcoholismo o drogadicción. Sin profundizar en el alcance del supuesto —por no ser objeto de este trabajo— nos detendremos brevemente en las implicancias procesales que se advierten.

Al carecer de un trámite especial, la vía por la que ha de sustanciarse el juicio es la ordinaria (art. 319, Código Procesal), por lo que, entablada la demanda, correspondería sin más dar traslado al cónyuge accionado. Sin embargo, de una visión armónica del plexo normativo, se deduce la necesidad de dar intervención previa al Defensor Público de Menores e Incapaces para que en ejercicio de la representación promiscua que le otorga el art. 59 del Código Civil, vele por los intereses del presunto afectado por la dolencia incapacitante. En tal situación, y si hubiere mérito para ello, corresponderá al Ministerio Público deducir el proceso de insania o inhabilitación —según fuere el caso— (art. 144, inc. 3, del Código Civil). Tal como veremos más adelante, con la apertura a prueba del proceso de insania o inhabilitación se designará un curador provisorio (art. 626, Código Procesal) que será con quien ha de trabarse la litis en el juicio de separación personal, sin perjuicio de la posibilidad de que también el demandado intervenga personalmente en el proceso. Vemos así que con esta cuestión previa se busca garantizar la validez de los actos procesales a producirse evitando que la intervención personal del cónyuge enfermo, susceptible de ser declarado insano, provoque la nulidad de todo lo actuado por sí en la causa debido a su incapacidad procesal.

²³ CNCiv., Sala A, 28/11/1985, LL, 1986-B-327.

Por otra parte, la solución aportada precedentemente permite asegurar la realización de una pericia médica o toxicológica –de sumo valor para el proceso de separación personal– por ser obligatoria en el juicio de insania o inhabilitación al grado de poder disponerse compulsivamente –por hallarse en juego la protección de la persona del presunto incapaz–, cosa que no podría admitirse en otro tipo de procesos.

Por último, cabe señalar que con la sola comprobación de la enfermedad del cónyuge no se configura el presupuesto previsto en el art. 203 para habilitar la separación personal. Quien la reclama deberá además demostrar que la grave dolencia de su cónyuge hace imposible la convivencia familiar.

El Proceso de Nulidad de Matrimonio

Estamos aquí frente a otra acción de estado que, a diferencia de la de divorcio vincular, no se orienta a la disolución del vínculo matrimonial sino a la declaración de la ineficacia del acto jurídico que le dio origen. La mayor parte de las contingencias propias de este juicio hace a las normas del derecho de fondo aplicable, por lo que no serán analizadas en este trabajo, siendo materia específica del Derecho de Familia.

Al igual que el resto de los procesos por los que se encarrilan las acciones de estado (excepto el proceso de adopción), la nulidad de matrimonio tramita por la vía ordinaria (art. 319, Código Procesal).

Vale plantear que la acción de nulidad está sujeta a diversos plazos de caducidad tratados en la normativa de fondo, que varían según la causal que se invoque como fundamento. Conviene distinguir que tales caducidades se orientan directamente a enervar la acción de estado²⁴, careciendo de implicancias procesales, por lo que lo único en común que conservan respecto de las caducidades procesales es el nombre.

²⁴ El sentido de las caducidades que el Código Civil establece para la acción de nulidad de matrimonio, en similar sentido a lo que sucede en las caducidades para las acciones de filiación, radica en la decisión político-legislativa de otorgar seguridad jurídica al estado de familia matrimonial (*favor matrimonii*) evitando que la posibilidad de poner en discusión la validez de un matrimonio se prolongue indefinidamente en el tiempo.

La acción de nulidad suele ser acumulada a la de divorcio vincular o de separación personal, acciones éstas que deben quedar condicionadas eventual o subordinadamente a aquélla. De modo tal que el tribunal deberá primeramente analizar la pretensión de nulidad y sólo en el caso de que ésta sea desestimada, pasar a examinar la de divorcio o separación. No sería correcto el estudio en primer término de las pretensiones de divorcio vincular o separación personal ya que, para que su tratamiento fuese procedente, sería necesario reconocer la existencia de un matrimonio válido. Al estar atacado éste por la acción de nulidad, corresponde determinar primeramente la eficacia del matrimonio para sondear luego la pretensión subsidiaria de divorcio o separación.

En materia de prueba, se observa una creciente tendencia a reconocer en la actitud elusiva de las partes a someterse a exámenes periciales (v. gr., en los casos en que se busca demostrar la impotencia del marido o la virginidad o no de la mujer) un indicio en contra del renuente.

Los Procesos de Filiación

Bajo este título, englobaremos los procesos a través de los cuales se encarrilan las acciones de filiación. Desde una perspectiva didáctica, los juicios que veremos seguidamente presentan características comunes que nos han determinado a tratarlos en conjunto; a diferencia de los procesos de divorcio que, participando de la misma condición de "acción de estado", poseen múltiples facetas y variantes.

Nos referiremos aquí a la reclamación de la filiación matrimonial y extramatrimonial, la impugnación de la paternidad matrimonial, la negación de la paternidad matrimonial, la impugnación y nulidad del reconocimiento del hijo extramatrimonial y la impugnación de la maternidad.

Todos estos procesos tramitan por la vía del proceso ordinario (art. 319, Código Procesal). De modo semejante a lo que vimos al tratar la nulidad de matrimonio, se observa que las acciones filiales —reguladas por los arts. 251 a 263 del Código Civil— se encuentran sujetas a plazos de caducidad tratados en la normativa de fondo, orientados a dar seguridad jurídica al estado de familia consolidado.

Suele darse en este tipo de juicios que los intereses del hijo se encuentren en controversia respecto de los de quien está llamado a

ejercer su representación legal (padre o madre). En tales casos, por aplicación del art. 397, inc. 1, del Código Civil, el juez deberá designar un tutor especial o *ad litem*. Tal funcionario, que debe ser abogado de la matrícula y preferentemente de abonada experiencia en el fuero, es nombrado discrecionalmente por el juez para ejercer la representación del menor en el proceso, garantizándose así la plena defensa de sus derechos.

Las pruebas biológicas

Nos parece fundamental señalar que en este tipo de juicios actualmente cumplen un primordial rol las pruebas biológicas. Se denominan así los procedimientos científicos que establecen, con un elevadísimo grado de certeza, el porcentaje de probabilidad de inclusión o exclusión de una persona en la paternidad o maternidad de otra. Tales técnicas han evolucionado enormemente. En su origen, no sumaban mucho más que un mero indicio al proceso (tests de parecidos físicos, pruebas hematológicas, etc.), valioso como elemento coadyuvante de otras pruebas. Cabe destacar que alguno de estos métodos, como el de sistemas sanguíneos, alcanzaban absoluta certeza como prueba negativa. Es decir, podían dar plena seguridad a fin de determinar la no paternidad de una persona. Pero no servían para avanzar seriamente por sí solas en el problema concreto de saber quién era el progenitor.

Con el tiempo, la aparición de la prueba de histocompatibilidad o HLA (Human Lymphocyte Antigen) vino a aportar un fundamental avance en la materia, estableciendo márgenes de acierto de entre el 96 y 99,9 % en la probabilidad de paternidad o maternidad.

Actualmente, una prueba biológica aun más precisa ha venido a allanar los inconvenientes que ofrecía la indagación de la paternidad. Se trata de la prueba de tipificación del ADN (ácido desoxirribonucleico), que permite determinar con absoluta certeza la herencia genética, superando las dudas que presentaban las técnicas anteriores. A través del análisis de células de sangre, semen o de otros tejidos de la persona (cabello, mucosa bucal, etc.), se obtiene la tipificación genética del individuo que no es más que el fruto de la combinación azarosa de los genes transmitidos por sus progenitores. Por medio de un estudio comparativo de la información obtenida de las partes involucradas en el examen, se posibilita la determinación cierta de la paternidad o maternidad atribuida. Estas pericias se pue-

den realizar incluso con material orgánico cadavérico (v.gr., en los casos en que el presunto progenitor hubiese fallecido) o a través de la información genética que se puede obtener de otros familiares de la persona cuya filiación se pretende (abuelos, hermanos, etc.).

Dada la seguridad que ofrecen las pruebas biológicas actualmente, se ha ido construyendo por vía jurisprudencial la presunción del acierto de la posición contraria a la de aquel que en el juicio se niega a someterse a la pericia. Es que cuando se está discutiendo el estado de familia de una persona, no existen —en principio— razones que puedan justificar la negativa a realizarse las pruebas biológicas más que el temor a dejar en evidencia la justicia del reclamo de la parte contraria. En esta línea, el art. 4 de la ley 23.511 —que organiza el Banco Nacional de Datos Genéticos²⁵— establece que la negativa a someterse a los exámenes y análisis en este tipo de juicios “constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente”.

Por último, cabe agregar que el art. 253 del Código Civil dispone que en las acciones de filiación podrán ser decretadas las pruebas biológicas a petición de parte o, incluso, de oficio. Con ello se evidencia el interés del Estado en proteger la identidad de la persona y el estado de familia en virtud de las responsabilidades que de él se derivan.

El Proceso de Alimentos

Junto a los procesos de declaración de incapacidad e inhabilitación, éste es el único juicio propio del Derecho de Familia que tiene previsto en el Código Procesal una tramitación diferenciada. En efecto, dada la trascendencia de la cuestión comprometida, el legislador ha optado por establecer un proceso especial, sumamente expeditivo orientado a lograr una pronta satisfacción de las apremiantes necesidades asistenciales a las que está destinado a garantizar²⁶. A la hora

²⁵ Este Banco tiene por finalidad el almacenamiento de datos para resolver conflictos de filiación de “niños desaparecidos o supuestamente nacidos en cautiverio”, facilitando así el establecimiento de su verdadera identidad. Funciona en el Hospital Durand.

²⁶ Vale recordar que la obligación alimentaria tiende a la satisfacción de necesidades esenciales para la conservación de la vida y para la subsistencia de quien los requiere. Respecto de los hijos menores, esta obligación comprende “la satisfacción de las necesidades (...) en manutención, educación y esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedad” (art. 267 del Código Civil).

de clasificarlo, se sostiene que se trata de un proceso de conocimiento (por oposición a los de ejecución y cautelares), encuadrando en la categoría de plenario excepcionalmente abreviado²⁷. Dada su naturaleza especial, no procede la acumulación de pretensiones dentro del marco del proceso (conforme lo establecen los arts. 87, inc. 1, del Código Procesal y 375 del Código Civil).

Mediación previa

En virtud de una Resolución dictada por la Presidencia de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil el 13/5/96, los juicios de alimentos –así como los incidentes de aumento y disminución de cuota alimentaria– no deben considerarse exceptuados de la mediación previa obligatoria en los términos del art. 2 de la ley 24.573 sino que, por el contrario, debe cumplirse con esa etapa previa para poder acceder a la jurisdicción. No ocurre lo mismo respecto de la petición de alimentos provisorios que, por tratarse de un proceso cautelar, está exento de mediación.

Recaudos de la demanda

El art. 638 del Código Procesal establece que quien promueve el juicio de alimentos debe acreditar el *título* en virtud del cual los reclama, denunciar el *caudal económico del demandado* aunque sea aproximadamente, y *ofrecer toda la prueba* de la que intentará valerse; por supuesto, tales cuestiones deben enmarcarse en una demanda que cumpla con los recaudos del art. 330.

Al referirse al *título*, la norma hace alusión al vínculo de parentesco en mérito al cual se reclaman los alimentos. Según el caso, en la presentación liminar también deberá aludirse a la situación de necesidad del alimentado y la falta de medios para proveer a la propia subsistencia, salvo que se trate de alimentos para los hijos menores o para el cónyuge inocente de la separación o divorcio, hipótesis éstas en las que no es menester demostrar estado de necesidad alguno, dado que la prestación alimentaria deriva de pleno derecho de una obligación emergente de la patria potestad, en el primer caso (art. 265, C6-

²⁷ PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, t. VI, pág. 513.

digo Civil) y de un efecto de la separación personal o divorcio vincular con declaración de culpabilidad, en el segundo (art. 207, Código Civil).

Por último, es necesario hacer alusión a la *capacidad económica del demandado*, resultando conveniente además estimar el monto de la pensión que se requiere. Estos últimos dos elementos serán de fundamental relevancia a la hora de fijar el monto de la cuota alimentaria.

La audiencia preliminar y sus consecuencias

Una vez entablada la demanda, además de ordenar inmediatamente la producción de las medidas probatorias ofrecidas, el juez citará a las partes a una audiencia que tendrá lugar en un plazo no superior a los diez días, en la que intentará que lleguen a un acuerdo, en cuyo caso lo homologará en ese mismo acto poniendo fin al juicio (art. 639, Código Procesal). Cuando sin causa justificada la parte demandada no compareciera a esta audiencia, el juez le aplicará una multa (art. 640, inc. 1) y señalará una nueva audiencia, a celebrarse dentro de los cinco días, a la que deberá citarse nuevamente a las partes (art. 640, inc. 2). La norma fija como apercibimiento para el supuesto en que el demandado vuelva a inasistir, el de "establecer la cuota alimentaria de acuerdo con las pretensiones de la parte actora y lo que resulte del expediente". Adviértase la gravedad de la sanción al incompareciente contumaz, de la que se deriva la posibilidad del dictado de la sentencia sin más soporte probatorio que el arrimado por la parte actora.

Asimismo, se observa que los plazos a los que hace referencia el Código en este proceso son sumamente breves y se orientan a la pronta solución del conflicto.

La incomparecencia de la parte actora a la audiencia preliminar acarrea la fijación de una nueva audiencia en similares términos de la prevista por el supuesto de inasistencia de la parte demandada, pero bajo apercibimiento de tenerla por desistida de su pretensión (art. 641). Se admite que las partes justifiquen una sola inasistencia. En caso de subsistir las razones que la motivaren, deberán hacerse representar por apoderado, bajo apercibimiento de lo previsto por los arts. 640 y 641 antes reseñados.

La oposición a la pretensión y el alcance de la intervención del demandado. La solución que da el Código Procesal

Dispone el art. 643 del Código Procesal que en oportunidad de la audiencia preliminar del art. 639 o, en su caso, en la fijada supletoriamente en los términos del art. 640, inc. 2, la parte demandada podrá oponerse a la pretensión demostrando la falta de título o derecho del actor, así como la situación patrimonial propia o del accionante. En cuanto a las pruebas, el Código sólo admite que el demandado aporte la instrumental y la informativa, en tanto que el diligenciamiento de los informes no podrá postergar, en ningún caso, el plazo de cinco días que el juez tiene para dictar sentencia a partir del momento en que la parte actora se lo solicite (art. 644).

Vemos aquí que el emplazado en la acción de alimentos halla sumamente acotado su derecho de aportar pruebas tendientes a desvirtuar la pretensión. Asimismo, hemos mencionado que el juez, al mismo tiempo de ordenar la citación para la audiencia preliminar del art. 639, debe disponer la recepción de las pruebas ofrecidas por la actora. De ello se sigue que es muy factible que suceda que cuando el demandado es efectivamente notificado de la citación para la audiencia preliminar —oportunidad en la que toma conocimiento de la promoción del juicio y en que debe ejercer su derecho de defensa— la actora ya haya producido la totalidad de su prueba y pase a solicitar —concluido el acto— el dictado de la sentencia dejando al demandado sin posibilidad de aportar elemento probatorio alguno más que los documentos que tuviese en su poder. Consecuentemente, el juicio pasaría a ser estudiado por el juez, quien dentro del quinto día debería dictar la sentencia.

Téngase en cuenta que como la cédula de notificación a la audiencia preliminar debe ser confeccionada y presentada para su diligenciamiento por la propia actora, el procedimiento puede así ser fácilmente empleado para favorecer la actuación de la peticionante, en perjuicio de los derechos del accionado. En efecto, bastaría que la reclamante evitase la efectiva citación del demandado (por ejemplo, por medio de una “defectuosa” confección de la cédula) para ganar así la libertad de producir la totalidad de su prueba sin la intervención de la contraparte; con la de que una vez peticionada y fijada la nueva audiencia preliminar (ya que la anterior fracasó por falta de notificación al demandado), en caso de no llegarse a acuer-

do, el juez debe dictar sentencia dentro del quinto día, imposibilitándole al demandado arrimar prueba alguna, salvo la documental que tuviere en su poder.

La actuación del demandado: una interpretación correctora

Dados los inconvenientes que generaba la aplicación literal de las pautas fijadas por el Código, la doctrina y la jurisprudencia han ido elaborando una suerte de interpretación correctora del alcance de la actuación del demandado en el juicio de alimentos.

En primer lugar, se admite que la intervención en los términos del art. 643 sea más amplia de la establecida en la norma, aceptándose que en su escrito de descargo el demandado precise los hechos antecedentes del reclamo, invoque el derecho en que se ampara y funde su defensa ofreciendo la prueba de la que se valdrá. Tal participación se compatibiliza más con una contestación de demanda que con el texto del 643, por lo que algunos autores la asimilan con tal acto procesal.

En cuanto a la prueba, también nos encontramos con una extensión de las facultades del demandado más allá de lo que textualmente se establece en la norma. Efectivamente, la jurisprudencia mayoritaria acepta que el alimentante ofrezca todo tipo de pruebas (confesional, testimonial, pericial, etc.) además de la documental e informativa que habilita el 643. La única limitación que se le reconoce a la prueba del emplazado es la que emana del art. 644, en el sentido de que, una vez producida la de la actora, el juez debe dictar sentencia dentro del quinto día, sea cual fuere el estado en que se encuentra la prueba del demandado. Es decir, el dictado de sentencia no puede verse postergado por el hecho de que al demandado le queden pruebas por producir. En ese caso, se dicta igualmente sentencia y las diligencias probatorias pendientes no son valoradas. De modo tal que en tanto la parte actora tenga pruebas por producir, el demandado podrá utilizar ese tiempo para llevar a cabo la que a su parte le interesa.

Sentencia

Una vez producida la prueba de la actora, o luego de haber desistido ésta de la que tuviere pendiente, el juez dictará sentencia dentro del quinto día (art. 644).

En dicha resolución se fijará la cuota que el alimentante debe abonar, la que tendrá efecto retroactivo a la fecha de "interposición de la demanda". Sin embargo, con el advenimiento del trámite previo de mediación obligatoria, muchos autores y jueces se enrolan en la tendencia de que las cuotas rigen a partir del momento de inicio de la mediación.

Las cuotas alimentarias devengadas desde el inicio del proceso (o de la mediación, según la postura que uno adopte) hasta el dictado de la sentencia, son las que constituyen los *alimentos atrasados* a los que alude el art. 645. Como en tal concepto suele acumularse una deuda considerable (dependiendo de la cantidad de meses en que se hubiese prolongado la sustanciación del juicio), el juez puede establecer una cuota suplementaria, además de la pensión alimentaria que rige a futuro, tendiente a otorgarle al alimentante una suerte de facilidad para el pago de la deuda atrasada.

Recursos

Dispone el art. 647 que la sentencia que deniegue los alimentos será apelable "en ambos efectos". Tal norma debe interpretarse en el sentido de que, en ese caso, la apelación contra la definitiva será concedida en relación y con efecto suspensivo.

Cuando se hiciera lugar a los alimentos, también el recurso es concedido en relación, pero en este caso, con efecto devolutivo (no suspensivo) de modo tal que la resolución puede ser ejecutada por el alimentado en contra del alimentante. Esta solución deriva del carácter mismo de la prestación, que la torna impostergable.

La faz práctica del recurso comprende la formación de un incidente con la copia de la sentencia, el que permanece en el juzgado de primera instancia a los fines de su inmediata ejecución, elevándose a la segunda instancia el expediente principal, juntamente con los memoriales presentados, a los fines de que la Cámara conozca sobre el recurso planteado.

Trámite de la ejecución de la sentencia

En materia de ejecución, la sentencia de alimentos posee un régimen especial que puede considerarse el más expeditivo que prevé el ordenamiento procesal.

Dispone el art. 648 que si "dentro del quinto día de intimado el pago, la parte vencida no lo hubiere hecho efectivo, sin otra sustanciación se procederá al embargo y se decretará la venta de los bienes necesarios para cubrir el importe de la deuda".

Del texto de la norma se desprende la ausencia de la citación de venta, prevista para el proceso de ejecución de sentencia (art. 505) y la innecesidad de la sentencia de venta (art. 508), procediéndose sin más al embargo y la subasta de los bienes hasta cubrir el importe de la deuda.

Cabe referir que la intimación, prevista como presupuesto de la ejecución, cumple el cometido de garantizar la bilateralidad del trámite, admitiéndose que el alimentante conteste el emplazamiento acreditando documentadamente los pagos que se le reclaman, como única excepción admisible en el acotado marco del trámite de ejecución de alimentos.

Caducidad de la instancia

Si bien el art. 310 del Código Procesal no menciona el juicio de alimentos dentro de las variables a las que alude, se entiende que el plazo de caducidad de la instancia en este proceso es el de seis meses. A tal interpretación se llega a través de la evidencia de que el inciso 2 de la citada norma no menciona los alimentos, pese a que se hace referencia al sumario, sumarísimo, ejecutivo, ejecuciones especiales y los incidentes. Dada la consecuencia que acarrea la norma —nada menos que la extinción del proceso— su interpretación ha de efectuarse con criterio restrictivo, de lo que se sigue que no corresponde aplicar en modo analógico la caducidad de tres meses prevista en el inciso 2, sino que debemos estarnos por la solución genérica del inciso 1 (seis meses).

Procesos de Declaración de Incapacidad y de Inhabilitación

Estos procesos se caracterizan por el tratamiento específico y diferenciado que les da el Código, en virtud de la trascendencia y delicadeza del objeto al que se orientan: la declaración de incapacidad civil de una persona, o de su inhabilitación.

En rigor, no pertenecen al concepto que dimos de procesos de familia, sino que se trata de juicios que versan sobre la capacidad de la

persona. La cuestión "familiar", en efecto, está ausente, siendo la materia de la que se trata una cuestión puramente civil. Sin embargo, en atención a que estos juicios tramitan ante los juzgados civiles "con competencia exclusiva en asuntos de familia y capacidad de las personas" (comúnmente llamados juzgados de familia) es habitual que se los incluya dentro de aquella categoría.

La denuncia

Poseen legitimación activa para formular denuncia de incapacidad las personas enumeradas en el art. 144 del Código Civil: el esposo o la esposa no separados personalmente o divorciados vincularmente; los parientes; el Ministerio de Menores; el Cónsul respectivo —si el presunto demente fuese extranjero—; cualquier persona del pueblo, cuando el demente fuese furioso o incomodare a los vecinos. También posee legitimación para auto denunciarse el propio afectado, o su apoderado, siempre que tuviere un poder especial para el acto. No cuenta con legitimación el apoderado con poder general.

La denuncia, en la que deben exponerse los hechos en los que se funda la petición, debe ser acompañada por dos certificados médicos que den cuenta del estado de salud mental del causante (art. 624). Tal requisito se asocia a la necesidad de otorgarle seriedad al planteo, pero pueden ser suplidos por un dictamen de dos especialistas del Cuerpo Médico Forense.

El Código prevé en el art. 625 la posibilidad de internar compulsivamente al presunto demente, por un plazo no superior a las 48 horas, a los fines de facilitar la práctica del estudio médico liminar, en caso de resultar ello estrictamente necesario.

Apertura a prueba

Establece el art. 626 que previa vista al Defensor Público de Menores e Incapaces, si hubiese mérito para recibir la prueba, el juez resolverá: a) El nombramiento de un curador provisional. Tal designación recae, en principio, en el Curador Oficial dependiente del Ministerio Público. Sólo en el caso en que se hubiere demostrado que el denunciado posee bienes de fortuna, deberá designársele un abogado de la matrícula, generalmente persona de abonada actuación profesional en el fuero. Las funciones del curador provisional subsistirán

mientras dure el proceso, cesando una vez discernida la curatela definitiva o desestimada la denuncia. b) La fijación de un plazo no mayor de treinta días, dentro del cual se deberán producir las pruebas. c) La designación del Cuerpo Médico Forense para la realización de la pericia psiquiátrica o legista sobre las facultades mentales del causante. Tal estudio debe ser concretado por tres profesionales. Sólo en el supuesto de que el presunto insano tuviere bienes de fortuna, la práctica de la pericia recaerá en tres expertos que el juez deberá designar de los listados de que provee la Cámara del fuero.

Tanto en materia de designación de curador provisorio, como en la de los peritos médicos, la misma recae en profesionales independientes sólo en supuestos de solvencia del causante debido al devengamiento de honorarios que tal intervención ocasiona; en casos de ausencia de bienes, como el proceso debe continuar su curso al hallarse comprometido el orden público, se recurre a los órganos oficiales (Curaduría Oficial y Cuerpo Médico Forense) para evitar el dispendio de recursos casi inexistentes.

La resolución que dispone las medidas del art. 626 debe ser notificada al presunto demente "personalmente", tal como reza la norma en su último apartado. Esta disposición no alude a la conocida notificación "personal o por cédula" prevista por el art. 135, sino que consiste en una diligencia efectivamente llevada a cabo con la persona del causante. Para lograrse tal fin, es indispensable que el denunciado efectúe por sí una presentación expresando que se notifica de la providencia; o bien que comparezca a la Secretaría y deje constancia de su asistencia y notificación suscribiendo la nota que en tal sentido le extienda el Prosecretario o Secretario del Juzgado. En cuanto a la notificación mediante cédula, la Acordada de la CSJN que reglamenta el funcionamiento de la Oficina de Notificaciones establece la necesidad de que la comunicación del art. 626 sea entregada a la persona del requerido, quien debe ser individualizado con documento de identidad, no rigiendo en el supuesto el régimen habitual de notificaciones que permite tener por cumplido válidamente el acto con la entrega de la cédula a un tercero que manifieste que el requerido vive en el domicilio en el que se practica la diligencia.

Suele suceder que la persona a notificar, debido a la afección psiquiátrica o la discapacidad que la aqueja, carezca de todo discernimiento como para comprender el sentido del acto, o no sepa firmar. En tales casos, se aconseja proceder a la notificación requiriendo que

otra persona ajena al acto, cuyos datos deben ser volcados en la constancia que se labre, proceda a firmar a ruego del interesado como modo de otorgar garantía a la efectiva comunicación al presunto incapaz de la promoción de las actuaciones y las medidas dispuestas por el tribunal.

A partir de ese momento, y durante el período de prueba, el denunciado contará con amplia facultad de ofrecer prueba que se oponga al progreso de la declaración de insania o inhabilitación; es decir, podrá proveer a la defensa de su plena capacidad. Nótese que el art. 627 equivoca el término al decir que el presunto insano podrá aportar las pruebas “que hagan a la defensa de su **incapacidad**”, cuando —en rigor— se está refiriendo a lo opuesto. Sin embargo, sobre la base ya admitida de que el supuesto demente puede promover su propia insania, nada obstaría a que ofreciese prueba en contra de su capacidad.

Por su parte, el denunciante puede arrimar elementos probatorios que acrediten “los hechos que hubiese invocado”. Asimismo, puede el curador provisorio designado ofrecer los suyos y el Defensor de Menores e Incapaces, solicitar los que considerare más adecuados.

Más allá de las pruebas ofrecidas por las partes, la ley impone la necesidad del dictamen de los tres médicos psiquiatras o legistas (arts. 626, inc. 3, del Código Procesal y 140, 142 y 143 del Código Civil). Sólo si ellos concluyen que se está en presencia de enfermedad mental, podrá el juez decretar la interdicción del causante. Si bien es sabido que los estudios periciales no son vinculantes para el magistrado, en materia de incapacidad el juez no puede incapacitar civilmente a una persona sin un dictamen pericial que lo avale. Ello no significa, en cambio, que el tribunal no pueda apartarse del consejo de los expertos en otros aspectos. Así, por ejemplo, ante un informe que diagnostica la presencia de alteraciones de orden psíquico, el juez podría igualmente no decretar la interdicción si es que encuentra fundadas razones para así disponerlo.

El informe pericial debe llenar los requisitos establecidos por el art. 631 del Código Procesal, a saber:

- a) Definir el diagnóstico, lo que importa la designación del nombre preciso de enfermedad mental que aqueja al causante de acuerdo a los nomencladores especializados que rigen en la materia.
- b) Establecer la fecha aproximada en que la enfermedad se manifestó. Tal conclusión reviste suma importancia a la hora de defi-

nir qué actos jurídicos llevados a cabo por el causante serán susceptibles de anulación.

- c) Pronóstico, a los fines de pautar una de las principales funciones que tendrá que cumplir el curador: el restablecimiento de la plena capacidad de su curado. Ello sólo va a ser posible si el pronóstico lo permite.
- d) Régimen aconsejable para la protección y asistencia del presunto insano. Al igual que el punto anterior, éste es un dato necesario para lograr un adecuado resguardo de la persona del presunto incapaz.
- e) Por último, deben los expertos expedirse acerca de la necesidad de internación.

Del informe médico se debe dar traslado al denunciante, al denunciado y al Curador Provisorio. Con el resultado de los traslados, se dará vista al Defensor de Menores e Incapaces (art. 632, Código Procesal).

Como último recaudo de la etapa de prueba y previo al dictado de la sentencia, se establece que "si las particularidades del caso lo aconsejaren, el juez hará comparecer al presunto demente a su presencia o se trasladará a su domicilio o lugar de internación". Como vemos, este reconocimiento judicial de la persona del causante es una facultad del magistrado que será ejercida en supuestos que lo ameriten. Sin embargo, consideramos plausibles las razones de muchos magistrados que han adoptado por norma la visita o entrevista con el denunciado antes del dictado de la sentencia. Es que la posibilidad de conocerse personalmente el juez y el presunto incapaz es una mínima exigencia que hace a la dignidad de la persona. La trascendencia de la decisión a tomar y el lazo que luego ésta generará entre el interdicto y el juez llamado a conocer en todos los aspectos que hacen al amparo de la persona y del patrimonio de aquél, impone como necesaria una cercanía personal que no puede ser postergada justamente por quien deberá cumplir tan noble misión. Quienes sostienen que carece de sentido la entrevista personal en los casos en que el causante se encuentra sumido en un grado de total ausencia de discernimiento cometen el error de no percatarse de que al estar en contacto directo con la persona (y no con el mero expediente) el que obtiene provecho del encuentro es el juez, cobrando entonces sentido tal acto procesal independientemente de las particularidades del caso.

Medidas precautorias

Al momento de disponerse la recepción de la prueba y la designación del curador provisorio (art. 626), si se observare que la demencia aparece notoria e indudable, podrá el juez ordenar —sin necesidad de petición de los interesados— medidas tendientes a garantizar la integridad del patrimonio del causante. En tal sentido, el art. 148 del Código Civil autoriza al magistrado a mandar inmediatamente a recaudar sus bienes y entregarlos, bajo inventario, al curador provisorio para que los administre. Asimismo, el art. 629 del Código Procesal prescribe que el juez decretará la inhibición general de bienes y las providencias que crea convenientes para asegurar la indisponibilidad de los bienes muebles y valores.

En cuanto a la faz personal, en los supuestos en que el denunciado ofreciere peligro para sí o para terceros, se podrá ordenar su internación en un establecimiento público o privado (art. 629, segundo párrafo).

Sentencia y recursos

Una vez producida la prueba, corresponde dar vista de las actuaciones al Defensor Público de Menores e Incapaces, quien elevará el dictamen final. Luego, en caso de corresponder, el juez tomará conocimiento personal del causante y dentro de los quince días (contados a partir del acto que se hubiese cumplido en último término) se dictará la sentencia. En los casos en que no quedase demostrada la incapacidad pero surgiera con claridad inequívoca de la prueba que del ejercicio de la plena capacidad pudiere resultar daño a la persona o al patrimonio del causante, el juez podrá declararlo inhabilitado en los términos del art. 152 bis, inc. 2, del Código Civil.

La sentencia deberá contener la orden de comunicar lo resuelto al Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, a la Autoridad Electoral (a los fines de asentar en el padrón la imposibilidad de emitir voto) y al Registro de la Propiedad Inmueble (en lo que hace a la inscripción definitiva de la inhibición de gravar y disponer los bienes).

Tal sentencia será apelable por las partes, es decir, por el denunciante, el denunciado, el curador provisorio y el Ministerio de Incapaces; pero pese a que la sentencia no sea apelada, igualmente deberá

elevarse la causa al tribunal de segunda instancia que corresponda en turno a los fines de que, previa vista al Defensor de Menores de Cámara, confirme o revoque lo resuelto por el magistrado de grado. Tal tramitación se la denomina "consulta" o "elevación en consulta" y es el único supuesto en que se da en el Código Procesal. Se trata de un reaseguro que el legislador ha establecido para garantizar el debido proceso en un juicio en el que se resuelve sobre una cuestión tan trascendente como es la capacidad o incapacidad de una persona. Hasta que la consulta no haya sido cumplida, la sentencia no hará ejecutoria.

Rehabilitación

Dispone el art. 635 que tanto el insano como el inhabilitado pueden promover su rehabilitación. En tal caso, el juez deberá designar tres médicos psiquiatras o legistas para que lo examinen y, de acuerdo a los trámites previstos para la declaración de demencia, hará lugar o no a la rehabilitación. Cabe acotar que, en caso de orfandad de recursos, rige también en este supuesto la derivación al Cuerpo Médico Forense, como órgano pericial oficial habilitado a practicar los estudios pertinentes.

Declaración de sordomudez e inhabilitación

Tanto para la declaración de sordomudez (en casos de sordomudos que no saben darse a entender por escrito, conforme art. 153 del Código Civil) como para la de inhabilitación en los términos de los incs. 1 y 2 del art. 152 bis del Código Civil, son aplicables las disposiciones ya vistas para la tramitación de los procesos de incapacidad.

Por su parte, en los casos de inhabilitación por prodigalidad (art. 152 bis, inc. 3, del Código Civil), el art. 637 ter del Código Procesal dispone que la tramitación de la causa deberá efectuarse por la vía del proceso sumario.

Cabe añadir que la sentencia de inhabilitación deberá contener, además de los requisitos generales, la determinación de los actos de administración cuyo otorgamiento le es limitado a quien se inhabilita (art. 636 del Código Procesal), cuando las circunstancias del caso lo exijan.