XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal

San Salvador de Jujuy, 10 al 12 de septiembre de 2015

Ponencia (portada)

Título: "***El contenido del principio de Buena fe en el proceso de familia introducido por el Código Civil*****"**

Comisión: Comisión 4 Jurisdicción protectoria. Subcomisión 1 Las formas y la efectividad de los derechos de familia

Autor:

Dirección postal: calle 7 N° 1076 piso 10 La Plata

Dirección de correo electrónico marielapanigadi@cpacf.org.ar

Teléfonos: 0221-4211031/ 4225539

Breve síntesis de la propuesta: El presente trabajo busca analizar el principio de buena fe introducido por el código civil y comercial como instrumento para garantizar la efectividad del proceso y en consecuencia asegurar el goce de los derechos de familia. Distingue las posibles interpretaciones de su contenido, como un deber de conducta positivo de veracidad, completitud y colaboración, o uno negativo de abstención de conductas temerarias, maliciosas, procesos fraudulentos o simulados; y las relaciona con los distintos modelos de justicia. Interpreta la función del mismo en el sistema procesal como mandato de optimización, diferenciándola de las normas de primer grado. Advierte sobre la tensión de su aplicación como norma positiva con el sentimiento y expectativas del justiciable sobre una adecuada defensa de sus intereses.

El contenido del principio de Buena fe en el proceso de familia introducido por el Código Civil

El nuevo código civil y comercial incorpora la noción de proceso de familia - reconociendo la necesidad de una tutela procesal diferenciada de la materia-, detalla los principios generales que deben regir en esos procesos (artículo 706CCyC) y entre ellos individualiza el de buena fe y lealtad procesal.

El principio de buena fe y lealtad procesal es un concepto abierto que puede definirse como el deber de los sujetos procesales -las partes, el juez, personal judicial, auxiliares de la justicia- de adaptar su comportamiento durante el proceso a un conjunto de reglas, standards o criterios de conducta, de carácter ético, social y deontológico.

El legislador ha estimado estos derechos extrapatrimoniales -los afectos familiares-, como los valores más importantes para la gran mayoría de la población, valores constitucionalizados en la garantía de protección de la familia (14 bis Constitución Nacional, art 6 CADH, 36 inc.1 Constitución Provincia Bs. As.). En ese sentido el Código introduce este principio sólo en materia de familia, con miras a la tutela preferente de estos derechos, creando una herramienta para lograr la efectividad del proceso de familia y así asegurar el goce efectivo de esos derechos.

Para una postura procesal los principios de buena fe y lealtad sólo implican un deber negativo: la prohibición de actuar de mala fé. La actuación de mala fe se configura con la conducta temeraria y maliciosa, y con el abuso del proceso[1]: la mala utilización de la técnicas procesales o del

[1] El tema fue ampliamente analizado en el XI Congreso Nacional de Derecho Procesal (La Plata, 1.981), donde se destacó que: El abuso del derecho es un principio autónomo de carácter general que abarca la plenitud del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, el derecho procesal civil, no escapa de esta premisa. Consiguientemente, como principio general, está delineado en el artículo 1.071 del código civil, sirviendo su configuración en todas las ramas de la ciencia jurídica y en los códigos procesales donde se repudia la existencia de la temeridad o malicia, es menester analizar la conducta de las partes en todo su contexto... "XI Congreso Nacional de Derecho Procesal", t.1, Facultad de Ciencias

procedimiento, la indebida promoción de juicios, el abuso de los recursos, de las medidas cautelares, de los incidentes, de los reenvíos; en definitiva, cualquier actividad de las partes, del juez, de los terceros o de los peritos importan, abusivamente, disminuir la efectividad del sistema de justicia[2]

Para esta postura por aplicación del principio dispositivo no sería exigible ser íntegro en la narración de los hechos, las partes pueden omitir datos o pruebas que consideren perjudiciales para la tutela de sus intereses y evitar la aportación inicial de los documentos que estimen inoportunos para su debida defensa.

Para otra postura la buena fe procesal implica además la imposición a los litigantes de deberes positivos de actuación: los deberes de veracidad, completitud y colaboración. El deber de veracidad reside en no alegar como existentes hechos que se saben inexistentes y no negar hechos que se sabe que son verdaderos. Por su parte, el deber de completitud radica en alegar todos los hechos relevantes para la correcta resolución del conflicto, sin omitir dato alguno que conozca el litigante. El deber de colaboración consiste en realizar ambas partes el esfuerzo conjunto para buscar con el juez la justa y pronta solución del litigio. Su primer y más evidente corolario es la obligación de acompañar al proceso todos los medios de prueba al alcance de la parte[3].

Por supuesto que es posible sostener que el legislador los hubiera establecido expresamente si ese fuera el contenido deseado[4]. Pero desde el punto de vista lógico no parece posible negar un deber de decir la verdad. Sería como afirmar un poder de reticencia o de mentira de la parte en

---

Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, ed. Talleres Gráficos del Colegio de Escribanos de la Pcia. de Bs. As, pág. 99 y ss.

[2] Guzmán, Nestor Leandro, "EL ABUSO DEL PROCESO Y EL EXCESO DE PODER COMO DILACIONES INDEBIDAS EN EL PROCESO JUDICIAL", Libro de ponencias del Congreso AADP San Juan.

[3] Conforme el art 710 CCyC la carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar, lo cual es un corolario del deber de colaboración.

[4] En Alemania, el Art. 138 de la ZPO consagra el deber de las partes de ser veraces; en Austria la Ordenanza Procesal de Klein de 1895, que en el Art. 178 norma el principio de veracidad y completitud en las narraciones de los hechos. Tanto el proceso civil italiano como el español carecen de disposiciones expresas donde fundar el deber de veracidad, completitud y el de colaboración. En ambos casos la doctrina lo ha extraido del deber genérico de actuar de buena fe.

perjuicio del adversario[5]. Picó i Junoy señala que la aplicación del deber de veracidad deriva de la existencia de la buena fe procesal como pauta de conducta que deben acatar los litigantes, y ello porque difícilmente puede calificarse un acto de buena fe cuando se fundamenta en la mentira, engaño o falseamiento de la verdad[6]. Asimismo conforme las normas interpretativas de mismo código civil y comercial se debe interpretar de modo coherente con el ordenamiento (art 2 CCyC) y con su finalidad y no buscando la interpretación histórica (voluntad del legislador).

Por ello entendemos que la defensa de una parte no puede basarse en perjudicar el derecho de defensa de la otra o en inducir a error al órgano jurisdiccional, impidiendo o dificultando que pueda ofrecer una efectiva tutela de los intereses en conflicto, La libertad de la conducta de las partes no puede extenderse al extremo de lesionar la buena fe y la ética profesional. Si bien el proceso es un conflicto en que cada profesional defiende con todas las herramientas sustanciales y procesales los intereses de su parte –y lo contrario configuraría mala praxis-, debe ser leal.

Existe una relación directa entre la probabilidad de lograr una decisión justa en tiempo adecuado a las necesidades del justiciable –que es uno de los aspectos de la efectividad procesal) y la posibilidad de partir de un relato completo y veraz de la situación y contar con la colaboración de ambas partes en la aportación de la prueba. Mucho más en el ámbito de familia donde muchos de los hechos controvertidos tienen lugar en el ámbito de lo privado y frente a personas íntimas que por lealtades y sentimientos no pueden[7] (no quieren) declarar.

La introducción en carácter de principio

Cabe aclarar que los principios son normas de segundo grado que

---

[5] Cappelletti, M., "El testimonio de la parte en el sistema de oralidad. Contribución a la teoría de la utilización *probatoria del saber de las partes en el proceso civil*. Primera parte, traducción de Tomás Banzhaf, Librería Editora Platense, La Plata, 2002, p. 364.

[6] Picó i Junoy, J., *El principio de la buena fe procesal*, Bosch Editor, Barcelona, 2003*.,* pág. 133 y 134

[7] El nuevo ARTICULO 711 CCyC. **permite** declarar a los testigos excluidos en procesos de familia. Dice: "Los parientes y allegados a las partes pueden ser ofrecidos como testigos.
Sin embargo, según las circunstancias, el juez está facultado para no admitir la declaración de personas menores de edad, o de los parientes que se niegan a prestar declaración por motivos fundados"

constituyen mandatos para la realización de un valor en su nivel de óptimo. Los principios no son aplicables a la manera de todo o nada, como una norma, sino que exige un razonamiento del juez. Cuando afirmamos que algo es un principio de nuestro derecho queremos decir que los funcionarios deben tenerlo en cuenta como una consideración que apunta en cierto sentido. [8] Los principios, ya sean procesales o generales, poseen una dimensión de "peso" o "importancia". El juez al decidir en primer lugar toma en cuenta las normas jurídicas, y de acuerdo a los valores involucrados y al resultado de su aplicación, puede utilizar los principios como criterio de corrección en el caso concreto.

Puede esperarse que a partir del principio las legislaciones adjetivas locales consagren normas de primer grado que sean aplicación de este principio. La mayoría de los códigos procesales civiles y comerciales de las provincias ya poseen normas por la que los jueces pueden sancionar todo acto contrario al deber de buena fe y lealtad (art. 34 inc 5 CPCCN y concordantes de las provincias) y también normas que sancionan la conducta temeraria y maliciosa (45 CPCCN). Pero entendemos que el principio incorporado al CCyC no coincide con el deber de abstenerse de actuar de mala fe –de lo contrario hubiese sido inútil su inclusión-, sino que es una **directiva a los jueces** para la interpretación de la conducta de las partes y para que dirijan el proceso a la luz de esta orientación**; y a las partes** para que observen los principios de completitud y veracidad en la narración y aportación de pruebas.

En este sentido, merece destacarse el Código Procesal Civil de Brasil (ley N.º 5.869, de 11/1/1973) donde se contemplan deberes y responsabilidades que -con parámetros flexibles- abarcaban las múltiples y variadas conductas temerarias o abusivas de las partes en el proceso. Entre ellas, la de exponer los hechos litigiosos conforme a verdad (art. 14 inc. I), proceder con lealtad y buena fe (14 inc. II); no formular pretensiones ni alegar defensas, sabiendo que están destituidas de fundamento (14 inc. III), no producir pruebas ni practicar actos inútiles o innecesarios a la declaración

---

[8] Dworkin, *"Los derechos en serio"*, (1977), trad. de Guastavino, ed. Ariel, Barcelona, 1984, pág. 80 y ss.

o defensa del derecho (14 inc. IV) y, en cuanto a la responsabilidad de las partes por daño procesal establecía que respondería por daños y perjuicios todo aquél que litigue de mala fe, como actor, demandado o interviniente (art. 16); señalando los distintos actos o actividades que se reputan realizados con mala fe (art 17).[9]

La primacía que el ordenamiento constitucional y supranacional otorga a la familia y a los menores e incapaces (sujetos de tutela preferente) obligan al juez de familia a tomar las riendas del proceso para garantizar la vigencia de sus derechos. Por ello deben también aplicarse los principios de impulso de oficio, las medidas precautorias y probatorias de oficio, y por supuesto la exigencia de cumplir con los deberes positivos de colaboración, completitud y veracidad con sanciones para el caso de incumplimiento.

Constitucionalidad del deber de veracidad y completitud

La doctrina procesal europea del siglo pasado, ha discutido ampliamente el problema de la oportunidad de introducir en las nuevas leyes procesales un deber de buena fe, y especialmente un deber de verdad. Autores como Adolfo Wach y Richard Schmidt, en Alemania, o Piero Calamandrei y Enrico Denti, en Italia, han combatido el deber de verdad, considerándolo un instituto inquisitorio y contrario a la libre disposición de las partes, "un instrumento de tortura moral" contra la parte en el proceso civil[10]. Montero Aroca también dirige una mirada crítica al instituto en cuestión[11].

9Art. 17 CPC. "Entiendase por litigante de mala fe aquel que:
1. Realice su pretensión o defensa en contra el texto expreso de la ley, o un hecho no controvertido.
2. Altere la verdad de los hechos.
3. Utilice el proceso para conseguir un objetivo ilegal.
4. Oponga resistencia injustificada al normal desenvolvimiento del proceso.
5. Proceda de modo temerario en cualquier incidente o acto del proceso.
6. Provoque incidentes manifiestamente infundados.
7. Interponga recursos con el mero fin de dilatar el proceso".
* Inciso 7 añadido por ley n°9668, de fecha 23/6/1998.-

[10] Citado por Guzmán, Néstor Leandro "Abuso del proceso" op .cit.

11 Montero Aroca, J. "Ideología y proceso civil. Su reflejo en la buena fe procesal", p. 281 Cuadernos de derecho judicial, ISSN 1134-9670, Nº. 18, 2005 (Ejemplar dedicado a: El abuso del proceso: mala fe y fraude de ley procesal), págs. 251-320.

.

Se ha sostenido que el deber de completitud es contrario a la garantía del art. 18 -no declarar contra sí mismo y el derecho de defensa. Pero el artículo 18 de la Constitución (como la 6º Enmienda de la Carta Norteamericana) consagra la posibilidad de *abstenerse de declarar* sin que ello implique presunción en contra. Su contenido se dirige a impedir la tortura y garantizar la intangibilidad de la persona, no a la posibilidad de modificar los hechos y ocultar la prueba con conciencia de la propia sinrazón. Y conforme la CNJ solo rige en el ámbito penal. El derecho de las partes de exponer las cosas del modo que parezca más útil al fin de su defensa no implica el derecho a mentir, ni a ocultar. Es inadmisible que el ejercicio del derecho de defensa y el principio dispositivo permitan la malicia o la deshonestidad y la falta de colaboración con la administración de justicia.

El principio de buena fe no colisiona con el de bilateralidad del contradictorio y el principio dispositivo, sino que juegan conjuntamente en el caso concreto.

La buena fe y el sistema de justicia

No debemos perder de vista, que el contenido que demos a este principio, está directamente relacionada con el modelo de justicia al que adherimos.

El modelo de justicia que se identifica con un servicio público, la defensa del estado social de derecho y los valores constitucionalizados, sostiene que la función judicial no es sólo la resolución de conflictos entre las partes. Los tribunales dan significado a nuestros valores públicos. Los jueces deben tener un rol activo en la consecución de soluciones justas, únicas que pueden mantener la paz social y la legitimidad del poder judicial, como poder público del estado democrático de derecho.

En el modelo procesal denominado de resolución de conflictos o adversarial puro, coincidente con el Estado liberal, el Estado proporciona un instrumento de carácter abstracto para resolver los litigios en la sociedad civil. El juez actúa como un árbitro ante dos partes que se presumen en igualdad de condiciones. Los ciudadanos esperan en consecuencia una actitud neutral, objetiva e imparcial del tercero. La resolución del conflicto es un problema individual, y el Estado protege el orden público y ofrece un

ámbito donde resolver las disputas que los propios ciudadanos no pueden resolver por sí solos. No garantiza un resultado acorde a valores.[12]

Entender el principio de buena fe como deber de completitud, veracidad y colaboración coadyuva a la obtención de un efectivo goce de los derechos de familia. Y coincide con la actual tendencia del sistema procesal al primero de los modelos de justicia explicitados.

La sociedad a la que se aplica

Ya hemos dejado sentada nuestra postura favorable a la interpretación del principio de buena fe como veracidad, completitud y colaboración. Sin embargo no podemos dejar de analizar cómo impacta esta postura en la sociedad en la que regirá el código. Este examen requiere estudios sociológicos que hoy no se han realizado, por lo que estas líneas no tendrán justificación sino que son una mera hipótesis Asimismo excede notablemente las pocas líneas que esta ponencia permite. Pero deseamos plantear someramente el problema, pues el quid de la introducción de la norma es la posibilidad concreta de mejorar la experiencia procesal del derecho.

La proclamación normativa no hace desaparecer las profundas cuestiones culturales y de orden ideológico que exceden la voluntad del legislador, y que se ponen en juego en la práctica del proceso, tanto en la aplicación del derecho por los jueces, como en la actuación profesional de los abogados. Este nuevo principio del deber de actuar de buena fe puede traer resistencia no sólo en los operadores jurídicos, sino en los justiciables.

Al introducir cambios al sistema judicial agregando mecanismos sin evaluar su incidencia en el sistema procesal en su conjunto, desde el punto de vista económico, sociológico o cultural, no se logra resultados adecuados. Por ende debemos sopesar la incidencia probable de este principio en el actual contexto del país, de los ciudadanos y de los abogados.

Por ende si el principio no funcionara en la realidad procesal, sería inútil y frustrante dirigir la crítica a la administración de justicia o a los abogados litigantes por situaciones que tienen su causa en la idiosincrasia del pueblo

---

[12] Damaska, *"Las caras de la justicia y el poder del Estado, Análisis comparado del proceso legal"*, ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000, pág. 139.

argentino.

No es sólo la cultura del abogado litigante la que modela su conducta, sino la expectativa de los clientes. El cliente puede sentir que no están defendiendo adecuadamente sus derechos cuando el profesional expone con completitud los hechos y acompaña y ofrece todas las pruebas disponibles. Es más, el abogado puede perder no sólo a sus clientes, sino su matrícula y su patrimonio, si se juzga que no fue una adecuada praxis profesional tal comportamiento.

El abogado es perito en derecho y en litigación y debe -dentro de la ley-, establecer una estrategia procesal que conduzca a la mejor posición posible a su cliente, la que le permita obtener la sentencia que más lo favorezca en esas circunstancias. Es más, si sólo una de las partes adopta la postura de veracidad, completitud y colaboración, el resultado será seguramente descompensar el proceso en favor de la parte que no se adecua a esos deberes. Y entonces el profesional ético, moral y bienintencionado será un mal profesional, pues no habrá defendido correctamente a su cliente.

En ese sentido es necesario resignificar -con prudencia pero *aplicándolas*- las facultades disciplinarias de los jueces ante la violación del principio de buena fe y ante las faltas de ética de los abogados y la actuación de los tribunales de disciplina de los colegios profesionales en la fiscalización del correcto ejercicio de la profesión de abogado. Asimismo la responsabilidad civil de los abogados; especialmente en referencia con el *onus probandi,* que ha sido relacionada con infracciones a específicas normas relativas al ejercicio de la profesión de abogado, al patrocinio, defensa del cliente y la necesidad de obrar con lealtad, probidad y buena fe profesional.[13]

Para determinar en el caso concreto si se violó el principio de buena fe se debe recurrir al arquetipo del **"*buen profesional*"**. Es decir, para apreciar tales comportamientos, habrá que compararlos con el que habría

---

13 Ver, entre otros, TRIGO REPRESAS, "Responsabilidad civil del abogado", ed. Hammurabi, Bs. As., 1.991, pág 101 y ss, MOSSET ITURRASPE, "Responsabilidad profesional del abogado por daños", L.L, 1980-C-488. KEMELMAJER DE CARLUCCI, "Daños causados por abogados y procuradores", J.A., 1.983-III-705, Nº I.2, GHERSI, "Responsabilidad de los abogados y otras incumbencias profesionales", ed. Zavalía, Bs.As., 1.990, pág. 51 y ss. VÁSQUEZ FERREYRA, "Responsabilidad civil de los profesionales médicos y abogados", J.A. 1.989-III-931, MORELLO, "La responsabilidad civil de los profesionales liberales y la prueba de la culpa (a propósito del artículo 1625 del proyecto de unificación de la legislación civil y comercial), L.L, Bs. As, 1.988-E-889.

tenido un profesional prudente, munido del bagaje científico, además del concepto moral y buena fe que es dable exigir en las mismas circunstancias. Y esto debe tener en cuenta indefectiblemente los valores imperantes.

Conclusión

En suma el contenido del principio de buena fe que ha introducido el Código Civil y Comercial para el proceso de familia, tiene en miras mejorar la efectividad de este proceso. Es un instrumento para la tutela efectiva de los derechos de familia.

El principio no es una norma de primer grado sino un mandato de optimización, es decir, una norma “que ordena que algo sea realizado en la mayor medida posible” (Alexy). El grado en que en un caso concreto un principio pueda cumplirse depende de los datos fácticos y de la posible colisión con otros principios o reglas.

En ese sentido es racional y conveniente para lograr sentencias justas y en tiempo razonable interpretarlo con un contenido positivo de actuación: como un deber de que cada acto procesal respete la veracidad, completitud y colaboración, y no con uno negativo, como un deber de abstenerse de actos de mala fe (temeridad y malicia, abuso, fraude o simulación procesal). Esta interpretación de su contenido es la que mejor enlaza con el modelo de justicia que se identifica con un servicio público, la defensa del estado social de derecho y los valores constitucionalizados.

Pero su aplicación es un tema complejo, con varias aristas a investigar y analizar. Entre ellas: si la actual situación cultural, social y política apunta en ese sentido; cómo tensiona la legitimación que lograría la Justicia al aplicar el principio, con el sentimiento y expectativas del justiciable sobre una adecuada defensa de sus intereses; cómo los órganos judiciales y los tribunales de ética interpretan el actuar del “buen abogado” y si ello conlleva sanciones civiles, penales o profesionales, en la práctica.

La doctrina puede y debe abogar para que la mentira y ocultamiento de los hechos y la falta de colaboración tengan consecuencias prácticas, a fin de que un buen profesional no dude en alegar los hechos con veracidad completitud y realizar un esfuerzo conjunto para buscar con el juez la justa y pronta solución del litigio. Una jurisprudencia uniforme y coherente en esa

dirección es la única forma que -a mediano plazo- el justiciable comprenda la conveniencia de actuar cumpliendo tales máximas. Ello impactará en la conducta de los abogados y por ende en el sistema procesal.

La introducción en el sistema procesal de familia de este principio es esperanzadora. Todos los operadores somos responsables de colaborar con nuestra conducta a fin de que logre una diferencia en el proceso en miras a la efectividad de estos derechos.